

LA POSIBLE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE AFIANZAMIENTO SOLIDARIO CON RENUNCIA EXPRESA DE LOS DERECHOS DE EXCUSIÓN Y DE DIVISIÓN

GUILLEM IZQUIERDO GRAU

Doctor en Derecho civil por la Universidad Autónoma de Barcelona, profesor asociado

Colaborador académico en ESADE Business & Law School

Abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona

Email: guillem.izquierdo@uab.cat gizquierdograu@icab.cat

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto el estudio del posible carácter abusivo de la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia de los derechos y beneficios de excusión y de división. El legislador ha centrado sus esfuerzos en la protección del consumidor hipotecario, es decir, el deudor principal que contrata con una entidad financiera un préstamo hipotecario para la adquisición, generalmente, de su vivienda habitual. No obstante, a lo largo de los tratos preliminares puede que el acreedor hipotecario solicite una garantía accesoria en caso de incumplimiento de la obligación principal del deudor principal, es decir, la constitución de una fianza.

La desprotección de los fiadores a lo largo de los tratos preliminares a la concesión del préstamo hipotecario, manifestada en un déficit informativo y en la renuncia de los derechos que les otorga el Código civil, podría concluir en la posible abusividad de la cláusula de afianzamiento.

Palabras clave: *fianza solidaria; fiador; afianzamiento; derecho de excusión; derecho de división; cláusulas abusivas; ejecución hipotecaria.*

THE POSSIBLE UNFAIRNESS GUARANTEE CLAUSE WITH EXPRESS WAIVER OF THE RIGHTS AND BENEFITS OF EXCUSION AND DIVISION

ABSTRACT

The aim of this article is to study the possible abusive nature of the solidarity guarantee clause, waiving the rights and benefits of excusion and division. The legislator has focused its efforts on the protection of the mortgage consumer. Nevertheless, in the course of preliminary negotiations, the mortgagee may request an accessory guarantee in the event of a breach of the principal obligation of the mortgagor. The lack of protection of the guarantors throughout the preliminary dealings to the granting of the mortgage loan, manifested in

an information deficit and in the waiver of the rights granted to them by the Civil Code, could lead to consider the clause of solidarity guarantee as an unfair term.

Key words: *security bond; grantor; unfair term; mortgage foreclosure; debtor prosecution.*

SUMARIO

I. ABREVIATURAS.– II. INTRODUCCIÓN: 1. La posible abusividad de la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia expresa a los derechos y beneficios de excusión y de división: A) *Fianza prestada por un no profesional.*– B) *La cláusula de afianzamiento solidario como una condición general de la contratación.*– C) *La imposición de las condiciones generales de la contratación y la carga de la prueba de su negociación.*– D) *El control de inclusión de las cláusulas de afianzamiento solidario.*– E) *El control de transparencia de las cláusulas de afianzamiento solidario.*– F) *La sanción de nulidad por abusividad de la cláusula de afianzamiento solidario.*– G) *La posible integración de la cláusula en caso de nulidad parcial.*– III. BIBLIOGRAFÍA.

I. ABREVIATURAS

I. Legislación

CC Código civil español
LCGC Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación

LEC Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LCCI Ley 5/2019, de 15 de marzo de 2019, de los contratos de crédito inmobiliario

TRLGDCU Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

II. Revistas

AC Actualidad Civil
DLL Diario la Ley

LM La Ley Mercantil

RCDI Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

III. Resoluciones judiciales

SAP Sentencia de la Audiencia Provincial

SJM Sentencia Juzgado de lo mercantil

STS Sentencia del Tribunal Supremo

II. INTRODUCCIÓN

El pasado 25 de mayo de 2017 el Consejo General del Poder Judicial aprobó la especialización de 54 Juzgados para conocer de los litigios sobre cláusulas suelo, sobre todo después del aumento de la litigiosidad para reclamar las cantidades percibidas indebidamente por las entidades de crédito, a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea de 21 de diciembre de 2016 y del consiguiente Real Decreto 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

Así pues, con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 se puso de manifiesto la desprotección de los consumidores en los procesos de contratación de préstamos hipotecarios con las entidades de crédito, pues en la inmensa mayoría de los casos, los consumidores desconocían la carga jurídica y económica que suponía la existencia de cláusula suelo de las escrituras de sus préstamos hipotecarios.

Asimismo, parece que la litigiosidad en materia de cláusulas abusivas de préstamos hipotecarios no ha acabado, ni mucho menos, con el correctivo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas suelo. El aumento de las reclamaciones por otras cláusulas como la de vencimiento anticipado por impago, gastos de constitución del préstamo hipotecario a cargo del consumidor o la hipoteca multidivisa auguran que el derecho bancario seguirá estando al orden del día en los próximos años.

En este orden de cosas, este artículo tiene por objeto el análisis del posible carácter abusivo de la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia de los derechos y beneficios de excusión y orden. Se trata de una cláusula que se inserta en la mayoría de escrituras de préstamos hipotecarios cuando la entidad financiera requiere una garantía adicional para la concesión del crédito hipotecario. Debido a que el legislador ha centrado sus esfuerzos en la protección de los deudores principales a lo largo de los tratos preliminares a la constitución del préstamo hipotecario, los fiadores

se han visto, en muchos casos, privados de participar en aquellas negociaciones y, consiguientemente, su intervención se limita a la aceptación de forma expresa de la cláusula en el acto de la firma del préstamo hipotecario. Por este motivo, en función de las circunstancias, la cláusula de afianzamiento solidario podría no superar alguno de los controles de abusividad de las condiciones generales de la contratación en las escrituras de préstamos hipotecarios previstos en la legislación vigente de protección de los consumidores en general y, en particular, en la legislación de protección del cliente de servicios bancarios.

1. LA POSIBLE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE AFIANZAMIENTO SOLIDARIO CON RENUNCIA EXPRESA A LOS DERECHOS Y BENEFICIOS DE EXCUSIÓN Y DE DIVISIÓN

No es insólito ver en escrituras de préstamos hipotecarios cláusulas como la siguiente, donde se pacta una fianza solidaria con renuncia a los derechos que, de acuerdo con el Código civil, asisten a los fiadores: «*En garantía de la operación de crédito la parte fiadora, Dionisio y Semprenio afianzan de suerte que la Caja puede dirigirse indistintamente contra la parte acreditada contra todos los fiadores o contra uno sólo de ellos, y con renuncia expresa a los beneficios de excusión, división y orden, el cumplimiento de todas las obligaciones y responsabilidades dimanantes del crédito, cuyas cláusulas se dan aquí por reproducidas, haciendo extensivas las alusiones que se hacen de la parte acreditada a los garantes*»

Dicha cláusula, podría ser abusiva si, dadas las circunstancias de la contratación, no se ha informado debidamente a los fiadores sobre el alcance de sus obli-

gaciones de pago y sobre la carga económica y jurídica de las mismas¹.

A) *Fianza prestada por un no profesional. La condición de consumidor de los fiadores*

Antes de estudiar la posible abusividad de las cláusulas de afianzamiento solidario estipuladas en escrituras de préstamos hipotecarios, es necesario detenerse en la condición de consumidor del fiador, aunque la fianza no sea propiamente un contrato para la adquisición de bienes y servicios de consumo. Para ello, debe tenerse presente la definición de consumidor persona física contenida en el art. 3.1 TRLGDCU: «A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»².

La definición de consumidor del art. 3.1 TRLGDCU fue modificada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modificó el TRLGDCU, puesto que la

normativa española partía de la base que la nota caracterizadora del concepto de consumidor era ser el destinatario final de los bienes o servicios contratados, mientras que la legislación europea enfatizaba la contratación de bienes o servicios fuera del ámbito profesional, comercial o empresarial³.

En consecuencia, partiendo de que la nota que caracteriza la noción de consumidor es que éste actúe en un ámbito ajeno al profesional, comercial o empresarial, la doctrina ha afirmado que si un fiador afianza un préstamo hipotecario y si su actividad profesional no consiste en prestar fianzas, debe sostenerse que dicho fiador es un consumidor: «Aunque la fianza no sea propiamente un contrato de adquisición de bienes y servicios de consumo, es cierto que el fiador no profesional que intercede por su cónyuge o por la empresa familiar realiza un acto de tráfico para fines distintos de una actividad profesional o empresarial. Este fiador no es profesionalmente un fiador ni en su actividad empresarial consiste en prestar fianzas. En este sentido debe afirmarse que el fiador es un consumidor»⁴.

¹ CALVO SAN JOSÉ, M^a. J., «La fianza solidaria», en HERRERO GARCÍA, M^a. J., *Contratos de distribución comercial. Garantías personales*, Ratio Legis, Salamanca, 2010, pp. 308-311. En la fianza solidaria el fiador asume la obligación de garantía de modo que responde del cumplimiento de la obligación principal cuando se haya producido en vencimiento de la misma ante el incumplimiento del deudor.

² Sobre el concepto de consumidor, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Artículo 3. Concepto general de consumidor y usuario», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 102-154. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y TORRES PÉREZ, F., «Capítulo I. Ámbito de aplicación», en REBOLLO PUIG, M., y IZQUIERDO CARRASCO, M. (Dir.s.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 67, 57-116. «En aras de la seguridad jurídica, todo aquel que actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional tendrá la condición de consumidor».

³ *Vid.* Preámbulo de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre [BOE n^o 76, de 28 de marzo de 2014]. «En el ámbito de las modificaciones de carácter legal necesarias para transponer la directiva, cabe mencionar, en primer lugar, las definiciones armonizadas que recoge la nueva ley. El concepto de consumidor y usuario engloba a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores y usuarios a efectos de la ley, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

⁴ CARRASCO PERERA, A., *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, La Ley, Madrid, 1991, p. 73-78. CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ,

En consecuencia, si se sostiene que los fiadores son consumidores a todos los efectos del art. 3.1 TRLGDCU cuando no actúan profesionalmente, dicha caracterización puede tener importantes repercusiones en lo relativo a los controles de

inclusión, de transparencia y de abusividad de la cláusula general de la contratación de afianzamiento solidario.

La jurisprudencia parece que tampoco ha discutido la consideración de los fiadores como consumidores, puesto que algunas se pronuncian expresamente sobre ello, mientras que otras lo hacen implícitamente. Lo anterior tiene como consecuencia que se les aplique todo el acervo de la legislación de consumo⁵.

M. J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 91-92. Estos autores son partidarios de que los fiadores tengan los mismos derechos que los deudores principales que les otorga la legislación de consumo, sin perjuicio de ajustarlos a su estatuto jurídico. En primer lugar, ejercitar su propio derecho de desistimiento, suspender su propia prestación cuando es reclamada antes de que transcurra el plazo de desistimiento concedido al deudor y aprovecharse del desistimiento del deudor principal. CÁMARA LAPUENTE, S., «Artículo 3. Concepto general de consumidor y usuario», ob. cit., p. 123. La jurisprudencia ha negado la condición de consumidor al fiador de préstamos mercantiles. En este sentido, *Vid.* SAP Albacete de 24 de noviembre de 2000 y SAP Valencia de 23 de mayo de 1994: «*se le conceptúa como consumidor privado final que no ejerce actividades comerciales o profesionales, el motivo debe perecer, teniendo en cuenta además que los fiadores difícilmente podrían encajar en el ámbito de esa Ley, dado que su única vinculación con la mercantil actora, de conformidad al artículo 1.822 del Código Civil, consiste en pagar o cumplir por la mercantil demandada, en el caso de no hacerlo ésta*».

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, Auto de 19 de noviembre de 2015, C-75-2015. No obstante, este Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que los fiadores estaban comprendidos dentro de la definición del consumidor del art. 2.b) Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, aunque los fiadores sean personas físicas que no actúan dentro de su ámbito profesional, pero afianzan un préstamo mercantil: «*Dadas estas circunstancias, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad*».

B) La cláusula de afianzamiento solidario como una condición general de la contratación

El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación dispone que: «*Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*».

La cláusula de afianzamiento solidario con renuncia expresa de los beneficios de excusión y de división constituye

⁵ SAP de Álava 289/2017, Sección 1ª, de 12 de junio: «*Por otra parte ha de tenerse en cuenta que quien suscribe el contrato de fianza es un consumidor, al que resultan de aplicación las normas sobre Defensa de los Consumidores y Usuarios*». SAP de Álava 266/2016, Sección 1ª, de 1 de septiembre: «*En este caso no sólo la deudora principal, sino quien se obligó personalmente como si lo fuera, es decir, la avalista, tiene la condición de consumidora. Cabe escindir el contrato accesorio del principal, como ha admitido el ATJUE 19 noviembre 2015, C- 74/15, caso Tarcau, si el avalista nada tiene que ver con el contrato que garantiza, siendo persona ajena a la actividad profesional que garantiza*».

una cláusula que, de acuerdo con el art. 1 LCGC, en la mayoría de las ocasiones, es impuesta por una de las partes, ésta es la entidad financiera⁶.

La existencia de un clausulado general que es impuesto por una parte contratante a la otra comporta una serie de particularidades que no se producen cuando el contrato se perfecciona a través de las vías convencionales: a) la fase de los tratos preliminares llega casi a desaparecer, en cuanto no existe discusión previa; b) la aceptación contractual viene predeterminada ya que su contenido aparece impuesto por el otro contratante. En este sentido, la aceptación del consumidor puede llegarse a emitir sin tener conocimiento exacto del contenido total del contrato; y c) el principio de igualdad entre las partes contratantes está debilitado, llegando a originar una situación de desequilibrio entre las prestaciones comprometidas por cada una de ellas, lo que se produce por la situación de preeminencia que ocupa la parte que impone las condiciones generales.

La Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, estableció que los requisitos para la incorporación de las condiciones generales de la contratación son: «a) *contractualidad: se trata de cláusulas contractuales y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión; b) predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo su característica no ser fruto del consenso*

⁶ CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, ob. cit., pp. 91-92. «Cuando es el acreedor el que impone sus formularios contractuales, éstos contienen renunciaciones de todo tipo por parte del fiador a los derechos que les concede la ley, y pretenden conceder al acreedor la más amplia libertad en su relación con el deudor».

alcanzado después de una fase de tratos previos; c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; y d) generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin»⁷.

En consecuencia, la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia expresa a los beneficios de excusión y de división podría reunir todos los requisitos para ser considerada una condición general de la contratación, de conformidad con los arts. 1 LCGC, 82.1 TRLGDCU y 3.1 Directiva 93/13/CEE y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Generalmente es predispuesta por la entidad financiera, sin que haya una negociación precontractual individual, es decir, es impuesta unilateralmente y es incluida en una pluralidad de contratos destinados a tal fin⁸.

No obstante, la cuestión sobre la consideración de la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia de los derechos de excusión y división como una condición general de la contratación no ha tenido un tratamiento jurisprudencial uniforme. Por una parte, existen sentencias⁹ que declaran que la fianza es un ne-

⁷ STS 241/2013, de 9 de mayo.

⁸ Sobre las características de las condiciones generales de la contratación, *vid.* PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas», en REBOLLO PUIG, M., y IZQUIERDO CARRASCO, M. (Dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 1336-1349, 1307-1443.

⁹ *Vid.* SAP de Barcelona 430/2018, Sección 15ª, de 25 de junio de 2018. «No podemos concluir que sea nulo por abusivo el negocio de afianzamiento contenido en el propio contrato. La razón está en que en este caso no estamos ante una simple condición general sino que el afianzamiento personal constituye un negocio jurídico autónomo, lo que por sí mismo es razón suficiente para excluirlo del control de contenido. Di-

gocio jurídico autónomo, por lo que sólo se prevé la cláusula de afianzamiento en aquellos casos que la entidad financiera estima que es necesario por la eventual insolvencia del deudor principal. Por otro lado, existen sentencias¹⁰ que declaran que el hecho de que se haga una renuncia expresa de los derechos de excusión

cho control podría recaer sobre las condiciones generales relativas al mismo, esto es, sobre las condiciones generales por medio de las cuales se ha regulado ese negocio jurídico, pero nunca podría alcanzar al propio negocio, como pretende la demanda, aun cuando en el recurso lo haya querido limitar la las condiciones del afianzamiento».

¹⁰ SAP de Guipúzcoa 180/2015, Sección 2ª, de 30 de septiembre de 2015. «*La intervención del fiador es voluntaria, si quiere interviene en la operación y si no quiere no lo hace, por lo que cabe concluir que si participa es perfectamente consciente de lo que ello significa, esto es, que se obliga a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste (art. 1.822 CC). Ahora bien, el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor (art. 1.830 CC) y el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer (art. 1837 CC), salvo que así se pacte expresamente. Por tanto, la constitución de la fianza no exige ineludiblemente la renuncia a los beneficios de excusión y división por parte del fiador, y no cabe deducir que ha habido negociación sobre dichos extremos del mero hecho de la constitución de aquélla. Sentado lo anterior, de lo actuado no cabe concluir que hubo una negociación entre las partes respecto a dicha cuestión».*

SAP de Álava 266/2016, Sección 1ª, de 1 de septiembre: «*Todos los requisitos señalados se atienden en este caso, puesto que la fianza cuestionada forma parte del contrato de préstamo suscrito el 23 de enero de 2007 (doc. nº 3 de la demanda, folios 37 y ss de los autos), se ha reconocido venir predisuelta por la entidad concedente del préstamo, no se entiende que no haya sido impuesta porque el préstamo ya contaba con la garantía personal de la prestataria y la hipotecaria sobre dos fincas, de modo que la sobregarantía que supone la fianza sólo se explica por exigencia del prestamista, y además aparece en una generalidad de contratos pues la propia Kutxabank cita en sus escritos varias resoluciones judiciales que atañen a la cláusula controvertida, de modo que no sólo se usó en este préstamo, sino en muchos otros. Nos encontramos, por tanto, ante una condición general de la contratación en los términos que recoge el art. 1.1 LCGC».*

y división no es una prueba del carácter negociado de la cláusula controvertida.

C) La imposición de las condiciones generales de la contratación y la carga de la prueba de su negociación

Como apunta la STS 406/2013, de 18 de junio debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, pero también lo es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactadas, sean condiciones generales —sometidas a la LCGC— o particulares —no sujetas a dicha norma—, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente. Además, la STS 241/2013, de 9 de mayo dispone que la imposición del contenido no puede identificarse con la imposición del contrato, entendido éste como la obligación de contratar¹¹.

Por tanto, la prestación del consentimiento a una cláusula predisuelta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

Constituye doctrina consolidada del Tribunal Supremo (STS 241/2013, de 9

¹¹ STS 241/2013, de 9 de mayo. «*Esta «imposición del contenido» del contrato no puede identificarse con la «imposición del contrato» en el sentido de «obligar a contratar». Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre —razonablemente garantizada por la intervención notarial— y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo».*

de mayo y STS 222/2015, de 29 de abril)¹² que la carga del carácter negociado de una cláusula contractual utilizada en los contratos celebrados entre profesionales o empresarios y consumidores corresponde a los primeros, por establecerlo tanto el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, como el art 82.2 TRLDCU. En virtud de lo anterior, en los procedimientos donde se discuta la nulidad de las cláusulas de afianzamiento solidario con renuncia de los derechos que asisten a los fiadores, corresponde a la entidad financiera probar que la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia expresa a los beneficios de excusión y de división fue negociada individualmente para no ser considerada una condición general de la contratación y para llegar a la conclusión de que el fiador era consciente de la carga jurídica y económica que implicaba el afianzamiento solidario y la renuncia de sus derechos¹³.

D) El control de inclusión de las cláusulas de afianzamiento solidario

Genéricamente, los arts. 5 y 7 LCGC y 80.1.a) y b) TRLGDCU se refieren al control de incorporación de las condiciones generales de la contratación, es decir, a los requisitos formales que deben reunir

¹² STS 222/2015, de 29 de abril. «Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario».

¹³ PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas», ob. cit., p. 1347.

las condiciones generales de la contratación para ser válidamente incorporadas en un contrato.

A los efectos de examinar la inclusión de la cláusula de afianzamiento solidario debe de tenerse presente lo dispuesto en el art. 5 LCGC. En primer lugar, el art. 5.5 LCGC establece el requisito de la perceptibilidad y comprensibilidad cuando sanciona que «La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez». En consecuencia, las cláusulas de afianzamiento solidario deberán de ser legibles, comprensibles y concretas. Correlativamente, el art. 7.b) LCGC establece que no se incorporarán al contrato las condiciones generales que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

En este punto cabe decir que, generalmente, en las escrituras de préstamos hipotecarios las cláusulas de afianzamiento solidario se encuentran separadas de las otras condiciones generales y pueden ser identificadas con facilidad a través de su encabezamiento. Por tanto, *a priori*, mientras las cláusulas de afianzamiento puedan ser identificadas por el consumidor con sencillez, puede sostenerse que no son abusivas por superar el control de incorporación, al menos en los términos del art. 5.5 y 7.b) LCGC.

En segundo lugar, el art. 5.1 LCGC sanciona la posibilidad de que las condiciones generales puedan ser conocidas por el consumidor mediante la entrega o el carácter accesible de las mismas. Asimismo, el primer apartado del art. 7.a) LCGC establece que no quedarán incorporadas las condiciones generales de la contratación que el adquirente no haya tenido la oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato.

En el ámbito de la contratación de servicios bancarios, el control de inclusión de las condiciones generales de la contratación se centra en determinar si la entidad de crédito ha procedido de acuerdo con lo prevenido en la regulación sectorial, es decir, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

En este sentido, debe tenerse presente el ámbito subjetivo de aplicación de la norma a los efectos de determinar si los fiadores quedan comprendidos dentro del concepto de «clientes» del art. 2.1 Orden EHA/2899/2011¹⁴.

La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, circunscribe la noción de «clientes» de las entidades de crédito a las personas físicas, todo ello de conformidad con lo previsto en los arts. 2.2 Orden ECO/734/2004 y 3.1 Orden ECC/2502/2012 que comprenden dentro de la noción de «usuarios de servicios financieros» tanto a las personas jurídicas como a las personas físicas.

Por tanto, los fiadores no profesionales personas físicas tendrían que quedar protegidos por la normativa de servicios financieros. En este sentido, el TRLGDCU¹⁵ aborda con profundidad la información precontractual con carácter general y, en particular, la Ley 16/2011, de 24 de junio,

de contratos de crédito al consumo y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Si se considera que los fiadores, en tanto que son consumidores personas físicas que actúan fuera de su ámbito profesional, quedan comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la normativa reguladora de protección del consumidor de servicios bancarios, la cuestión queda centrada en la información precontractual que debe proporcionarse a este tipo de consumidores para que tengan conocimiento real de la cláusula de afianzamiento solidario. Sin embargo, los arts. 21 y 22 de la Orden EHA/2899/2011, reguladores de la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y Ficha de Información Personalizada (FIPER), parecen que tienen como claros destinatarios los consumidores de préstamos hipotecarios, es decir, los deudores principales. Esto se deduce del tenor literal de ambos artículos que hablan de «clientes de préstamos».

No obstante, aunque los fiadores no queden comprendidos dentro de la noción de «clientes de préstamos» de los arts. 21 y 22 de la Orden EHA/2899/2011, ello no permite eludir la protección que los arts. 5 y 7 TRLGDCU confieren a todo consumidor que actúa fuera de su ámbito profesional y, por tanto, que el fiador tenga pleno conocimiento de la cláusula de afianzamiento solidario.

En consecuencia, para que las cláusulas de afianzamiento solidario puedan superar el control de incorporación es preciso que el fiador tenga conocimiento de la cláusula en el momento de la firma del préstamo hipotecario.

No obstante, cabe decir que el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ya preveía una amplia

¹⁴ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. «La presente orden será de aplicación a los servicios bancarios dirigidos o prestados a clientes, o clientes potenciales, en territorio español por entidades de crédito españolas o sucursales de entidades de crédito extranjeras. Se entenderá, a estos efectos, por clientes y clientes potenciales a las personas físicas».

¹⁵ NASARRE AZNAR, S., «Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria», en *RCDI*, nº 727, 2011, p. 2687. El TRLGDCU es una norma de alcance general, pues la noción de consumidor contenida en el art. 3 TRLGDCU también es aplicable en la contratación con entidades de crédito.

ción del ámbito de aplicación de la norma y su régimen de protección abarcaba no sólo los deudores hipotecarios, sino que se extendía a «los consumidores que tengan la condición prestatarios, garantes o titulares de garantías en préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial»¹⁶.

Asimismo, parece que la regulación contenida en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de los contratos de crédito inmobiliario no ha sido tan ambiciosa en lo relativo a los derechos de los consumidores. El art. 1 LCCI establece que: «Esta Ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir». Asimismo, el art. 2 LCCI dispone que: «1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por

personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica. b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor»¹⁷.

Por tanto, la intención del legislador es clara, en el sentido de aumentar el grado de protección que la Directiva 2014/17/UE del Parlamento y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 confiere a los consumidores de contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial¹⁸.

¹⁷ Ley 5/2019, de 15 de marzo de 2019, de los contratos de crédito inmobiliario [BOE nº 65, de 16 de marzo de 2019].

¹⁸ BERROCAL LANZAROT, A. I., «Líneas maestras del proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en *DLL*, nº 9097, 2017, p. 5. BERROCAL LANZAROT, A. I., «Consideraciones generales en torno al Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en *AC*, nº 1, 2018. ÁLVAREZ OLALLA, P., «Algunos aspectos del anteproyecto de Ley XX/2016 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Ámbito de aplicación y normas de transparencia», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 10, 2016. Para algunas críticas sobre dicho Proyecto de Ley, *vid.* CABANAS TREJO, R., «Anotaciones de un notario perplejo al Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», en *LM*, nº 9047, 2017, p. 18. «Desde esta perspectiva la condición personal del prestatario se erigirá en criterio determinante de la aplicación de la Ley, siendo la situación del hipotecante no deudor o del avalista una mera proyección de aquella. En au-

¹⁶ *Vid.* Preámbulo del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: «Aunque la normativa europea limita su ámbito subjetivo de aplicación a los consumidores, entendiéndose por tales las personas físicas que no actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, se considera necesario que la legislación nacional vaya más allá de esta previsión y extender su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores. Esta ampliación de la esfera subjetiva de protección de la Ley frente a la Directiva sigue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos. Así se configura el ámbito de aplicación de la vigente normativa de transparencia en materia de créditos hipotecarios que se regula en el capítulo II del Título III de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios».

En este sentido, cuando en la contratación de un préstamo hipotecario inter venga un fiador, en el supuesto que lo requiera la entidad de crédito, ésta deberá proporcionarle la información que prevé el art. 9 LCCI¹⁹.

E) El control de contenido de las cláusulas de afianzamiento solidario

En el TRLGDCU el control de contenido de una cláusula general de la contratación se centra en la determinación de si, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 80.1.c) y 82.1 TRLGDCU, una cláusula causa un justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Por tanto, la idea central del control de contenido de las condiciones generales de la contratación radica en el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, de acuerdo con las exigencias de la buena fe. De este modo, la doctrina ha determinado que la declaración de abusividad de una condición general de la contratación consiste en la confrontación, con arreglo a las pautas de la buena fe, de la regulación del estatuto jurídico de las partes establecida en virtud de la autonomía privada con la que resultaría aplicable en defecto de ésta²⁰.

sencia de persona física prestataria, el garante/fiador no recibirá la protección que dispensa esta Ley (quizá, sí por otra, como la LGDCU).

¹⁹ AGÜERO ORTIZ, A., «Comentario al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario», en *LM*, nº 42, 2017, p. 1. «Así pues (i) deberá entregarse información personalizada a garantes o fiadores personas físicas (arts. 7, 8 y 12 PLCCI) pero no al prestatario que no sea persona física; (ii) fiador o garante persona física deberán comparecer ante notario para recibir asesoramiento (art. 13 PLCCI) sin que, nuevamente, esta obligación se extienda a la mercantil prestataria».

²⁰ PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas», ob. cit., pp. 1353-1355. LARROSA AMANTE, M A., *Derecho de Consumo*, El Derecho, Madrid, 2011, p. 161.

Para ello, debe tenerse presente la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerar todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa (art. 82.3 TRLGDCU).

Lo anterior debe tenerse presente en el momento de valorar la posible abusividad de las cláusulas de afianzamiento solidario con renuncia de los derechos de excusión y de división. En este sentido, con la constitución de la fianza solidaria y con la renuncia de los beneficios de excusión y de división se pueden colocar prácticamente en el mismo nivel los fiadores y los deudores principales, en lo que se refiere a su obligación de pago en caso de impago del préstamo hipotecario cuando el remate de la subasta no sea suficiente para cubrir la deuda hipotecaria y, por tanto, podría alterarse la percepción que tiene el fiador de la garantía asumida, es decir, sin tener pleno conocimiento del alcance de la constitución de una fianza solidaria y de la renuncia de sus derechos como fiador²¹.

En relación con el control de contenido, cabe distinguir una primera fase que tiene por objeto el control de incorporación de las condiciones incorporadas a contratos con consumidores.

²¹ SAPA 289/2017, Sección 1ª, de 12 de junio: «El fiador solidario que renuncia a estos beneficios se convierte en deudor; y lo hace sin contraprestación alguna, no puede exigir que primero se persigan bienes de quien debe, ni repartir la garantía dada con los demás. Esta situación tan perjudicial se produce porque tenía una representación equivocada de lo que firmaba al constituir la fianza. Asegura que creía que no era deudor solidario sino simple avalista, con la configuración que caracteriza una fianza, esto es, responder sólo si no lo hace el deudor principal, si es insuficiente la garantía hipotecaria, el resto de los bienes pertenecientes al patrimonio de la prestataria, y distribuyendo con la deudora principal la deuda».

Con arreglo a la cláusulas de afianzamiento de las escrituras de constitución de préstamos hipotecarios, es necesario plantearse en este punto si éstas se encuentran enmascaradas entre el clausulado de las escrituras de préstamos hipotecarios y si, en caso contrario, son fácilmente identificables por los consumidores.

Lo cierto es que, generalmente, las cláusulas de afianzamiento se encuentran separadas del resto de cláusulas y su encabezamiento en mayúsculas y en negrita, lo que implica que sea identificable para el consumidor. Sin embargo, el control de transparencia no se agota en la fácil identificación de la cláusula, sino que, una vez se ha superado el control de incorporación, debe analizarse si, con base en la información proporcionada²², el fiador pudo tener conocimiento de su obligación de pago y de las consecuencias jurídicas y económicas de la obligación asumida²³.

²² SAP de Álava 266/2016, Sección 1ª, de 1 de septiembre: «Dice la apelada que esa cláusula, y por lo tanto la renuncia, fue negociada con la prestataria y su garante. Sin embargo ninguna prueba se ha practicado al respecto, pues no se reconoce por las afectadas. No hay documentos u otros testimonios que corroboren semejante afirmación, huérfana de prueba. Tampoco constituye prueba que Dª Vicenta, la avalista, entregara declaración de bienes al prestamista, dato que permite constatar que conocía, como luego revela su firma en la escritura, que iba a constituirse en avalista, pero no que ella o la prestataria hubieran negociado los términos de la cláusula y las renunciaciones que acarrea».

²³ STS 241/2013, de 9 de mayo. «En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y

De esta forma, de conformidad con el art. 82.2 TRLGDCU, la entidad financiera, si quiere establecer una suerte de solidaridad entre los deudores hipotecarios y los fiadores, tendría la carga de probar que, de acuerdo con la presunción de no solidaridad del art. 1.137 CC, a) la intención de los contratantes fue la de obligarse *in solium*, de acuerdo con las pautas de la *bona fides* de los contratantes, es decir, que éstos habían querido y se habían comprometido a prestar un resultado conjunto (STS de 26 de julio de 1989)²⁴; b) que aunque en la cláusula de afianzamiento no se utilice el término «solidaridad» o «solidariamente», la solidaridad en el cumplimiento de la obligación pueda ser demostrada por la concurrencia de un conjunto de antecedentes denotadores que ha sido realmente querido por los interesados aquel resultado económico (STSS de 26 de abril de 1985

razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato». APARICIO VAQUERO, J. P., «Garantías y sobregarantías en los contratos de consumo con entidades financieras», en HERRERO GARCÍA, Mª. J., *Contratos de distribución comercial. Garantías personales*, Ratio Legis, Salamanca, 2010, pp. 385-386. La constitución de una fianza solidaria con renuncia a los derechos y beneficios de excusión y división podría constituir una sobregarantía, pues se trata de una imposición de varias garantías (el carácter solidario de la fianza y la renuncia de los derechos de los fiadores) que, de forma cumulativa podrían hacer que la cláusula de afianzamiento se considerara abusiva.

²⁴ STS de 29 de julio de 1989. «No es preciso para entender que existió una solidaridad en el contrato que se haga una expresión causal o literal en tal sentido, sino que puede ser estimada su concurrencia por el conjunto de antecedentes demostrativos de que ha sido querido por los interesados aquel resultado económico siguiendo las pautas de la “bona fides”, en base a la cual la Jurisprudencia viene atenuando el rigor del último párrafo del citado precepto, bastando que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de haberse obligado “in solidum” o resulte dicha solidaridad de la propia naturaleza de lo pactado».

y de 26 de diciembre de 2001)²⁵. En caso de no poderse probar estos extremos, debería prevalecer una interpretación favorable al consumidor y entender que el fiador se obligó subsidiariamente, de acuerdo con el concepto generalizado que el consumidor tiene de la garantía de la fianza, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 80.2 TRLGDCU.

Sin perjuicio de lo que se ha dicho anteriormente, el hecho de que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra los deudores principales o contra los fiadores supone una carga económica y jurídica que asume el fiador en el momento de constituirse la garantía personal, es decir, en el momento de perfeccionarse el contrato de préstamo hipotecario y, consiguientemente, el contrato de fianza.

Por tanto, con arreglo al control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, la entidad financiera tiene la carga de la prueba de que el fiador tiene pleno conocimiento e información suficiente de la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, es decir, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica que supone responder indistintamente del impago de la obligación principal por los deudores hipotecarios, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

En consecuencia, si la entidad financiera pretende que los deudores principales y los fiadores respondan solidariamente del pago de la obligación principal

en el supuesto de la no satisfacción de la totalidad de la deuda hipotecaria con la realización del bien, tiene la carga de probar la carga económica y jurídica que ello supone para el fiador, que se traduce en el deber de informarle que, en el supuesto indicado y como supuesto deudor solidario, a) el acreedor hipotecario se encuentra facultado para exigir y recibir de cuantos deudores solidarios hubiere la totalidad de la prestación debida; b) que cada deudor solidario puede pagar con efectos liberatorios para los demás (art. 1.145 CC); c) que el acreedor puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de ellos o contra todos simultáneamente; d) y que, por la renuncia de los derechos y beneficios de excusión, división y orden de la cláusula de afianzamiento, el deudor no podía oponer las excepciones que «*se deriven de la obligación y las que le sean personales*» (art. 1.148 CC), es decir, la falta de oponibilidad de los derechos de excusión y de división aunque no se hubiere renunciado expresamente a ellos.

Con todo, cabe afirmar que la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia expresa a los derechos y beneficios de excusión y de división es una condición general de la contratación que podría ser considerada, en función de las circunstancias concurrentes y de la naturaleza de los bienes o servicios, como una cláusula abusiva porque en la mayoría de los casos es predispuesta por la entidad financiera (art. 1 LCGC) en una pluralidad de escrituras de préstamos hipotecarios; b) podría resultar contraria a la buena fe, pues el profesional presumiblemente podía estimar con total seguridad que el fiador no hubiera aceptado las renunciaciones contenidas en las cláusulas controvertidas, en un marco de negociación libre e individual, de haber conocido que ello

²⁵ STS de 26 de abril de 1985. STS de 26 de diciembre de 2001.

suponía, en caso de incumplimiento del deudor, situarse a su mismo nivel, respondiendo incluso con todo su patrimonio²⁶; y c) genera un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor en los derechos y deberes que se derivan del contrato y del Código civil, toda vez que, debido al carácter solidario de la obligación y por la renuncia de los derechos y beneficios que le corresponden como avalista, no puede imponer las excepciones que le corresponden según su derecho²⁷.

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa tuvo la oportunidad de enjuiciar la abusividad de una cláusula de afianzamiento solidario con renuncia de los derechos de excusión y de división. En esta sentencia se afirmó que: *«Resulta evidente que ostentar la condición de fiador o fiador obligado a pagar al acreedor sin hacer antes excusión de todos los bienes del deudor es sustancialmente diferente, y que la trascendencia económica y jurídica que ello comporta tiene notoria trascendencia. Según el diccionario de la lengua española de la Academia la segunda acepción de la palabra fiador es: persona que responde*

otra de una obligación de pago, comprometiéndose a cumplirla si no lo hace quien la contrajo, por lo que resulta lógico y razonable concluir que un consumidor, salvo que se acredite que tiene conocimientos específicos, entiende que su obligación nace si el prestatario no cumple. Y, de hecho, en los préstamos hipotecarios concertados en el caso de autos la solidaridad sólo se predica expresamente de los prestatarios. Es cierto que las cláusulas recogen que expresamente los fiadores renuncian a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción que legalmente les pudiera asistir, pero no consta que se les haya dado explicación alguna sobre la significación jurídica y económica que ello comportaba, ni que se mantuviera como condición necesaria para la concesión del crédito la renuncia a dichos beneficios, lo que hubiera hecho suponer que eran conscientes de ello»²⁸.

La Audiencia acabó declarando la abusividad, por falta de transparencia, de la cláusula de renuncia de los derechos y beneficios de los avalistas, toda vez que existía un sacrificio desproporcionado con la renuncia de los derechos de los avalistas entre las partes contratantes y los mismos no tenían conocimiento de la significación jurídica y económica que aquello comportaba.

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 180/2015, Sección 2^a, de 30 de septiembre de 2015²⁹

²⁶ SAP de Álava 266/2016, de 1 de septiembre. *«No hay razón inteligible para la renuncia de todos los derechos del fiador, y a falta de prueba sobre la negociación o las razones que pudieran conducir a la misma, cabe concluir que no era presumible para la fiadora que fuera consciente de que iba a tener que atender la totalidad de la deuda, ya que en algún importe, por mucho que haya bajo el valor del inmueble, habría de satisfacerse al prestamista».*

²⁷ SAP de Álava 266/2016, de 1 de septiembre. *«La cláusula aquí analizada, por el carácter solidario de la fianza, y por la renuncia a todos los derechos que protegen al fiador, supone situar al fiador en una situación semejante al deudor principal, situación que es improbable haya querido realmente. Esos derechos, que desde el siglo XIX amparan a los fiadores, son renunciados sin explicación, porque desde luego la garantía general del art. 1911 CCv respecto de los deudores principales, y la hipoteca que otorga garantía sobre el inmueble, convierten en desproporcionada la renuncia realizada».*

²⁸ SAP de Guipúzcoa 180/2015, Sección 2^a, de 30 de septiembre de 2015.

²⁹ SAP de Guipúzcoa 180/2015, Sección 2^a, de 30 de septiembre de 2015. *«Ahora bien, el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor (art. 1.830 CC) y el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer (art. 1.837 CC), salvo que así se pacte expresamente. Por tanto, la constitución de la fianza no exige ineludiblemente la renuncia a los beneficios de excusión y*

estableció que por el hecho de que el avalista hubiera renunciado a los beneficios de excusión y división esto no era prueba suficiente del carácter negociado de la cláusula cuya abusividad se discutía.

Por tanto, el resultado del control de transparencia de la cláusula de afianzamiento solidario podría conducir a sostener, en función de las circunstancias de la negociación de dicha cláusula, la abusividad de la misma, puesto que el fiador queda vinculado a la voluntad del empresario (art. 80.4.a) TRLGDCU), por tratarse de una cláusula predispuesta por éste sin que aquél tuviera información suficiente sobre la carga económica y jurídica de la renuncia de sus derechos como avalista y, de discutirse este extremo, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que la carga de la prueba corresponde a la entidad financiera, de conformidad con el art. 82.2 TRLGDCU.

Si el fiador no tiene pleno conocimiento de la obligación de pago asumida, podría tratarse de una cláusula que limita los derechos del consumidor, este es el fiador, puesto que se le hace renunciar expresamente a los derechos que el Código civil le reconoce sin tener, una vez más, información suficiente sobre la trascendencia de su decisión (art. 80.4.b) TRLGDCU).

No existiría, por tanto, correlación o reciprocidad entre la merma del estatuto jurídico del fiador por la constitución de una fianza solidaria y por la renuncia de sus derechos legales y el aseguramiento del cumplimiento de la prestación contractual comprometida, toda vez que, con base en la renuncia de los derechos y beneficios del fiador, no puede refor-

división por parte del fiador, y no cabe deducir que ha habido negociación sobre dichos extremos del mero hecho de la constitución de aquélla».

zarse la garantía hipotecaria (art. 80.4.c) TRLGDCU), es decir, lesionando los derechos de los fiadores.

F) La sanción de nulidad por abusividad de la cláusula de afianzamiento solidario

Si los resultados de los controles de inclusión y contenido conducen a la declaración de abusividad de la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia de los derechos que el Código civil confiere a los fiadores, la sanción no es otra que la nulidad de pleno derecho de la cláusula de afianzamiento, de conformidad con el art. 8 LCGC³⁰.

La nulidad que prevén los arts. 8, 9 y 10 LCGC y 83 TRLGDCU es una nulidad de pleno derecho para la protección del consumidor, que se produce por la contravención de las normas imperativas de la legislación de consumo. En consecuencia, no sería necesario entrar en el examen del vicio del consentimiento que padece el consumidor a la hora de contratar.

La sanción de la nulidad de la condición general de la contratación declarada abusiva implica que la acción del consumidor para declararla no esté sujeta a ningún plazo de prescripción o de caducidad, pues el paso del tiempo no puede convalidar un contrato inicialmente nulo (*quod ab initio vitiosum est non potest*

³⁰ DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría general del contrato*, 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 577-578. La sanción de nulidad se adopta como consecuencia de haber traspasado las partes los límites de la autonomía privada, dentro de los cuales el ordenamiento jurídico considera tutelable una reglamentación autónoma de intereses. La cláusula de afianzamiento solidario podría ser una cláusula abusiva que contraviene las disposiciones legales de la legislación de consumo.

tracto tempore convallescere). De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1303 CC, la consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de afianzamiento solidario se traduciría en el deber de restituir al fiador los pagos que hubiera hecho en virtud de la cláusula de afianzamiento declarada abusiva y, consiguientemente, nula de pleno derecho³¹.

Por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.303 CC, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, en este caso, las cantidades que la entidad financiera hubiera venido percibiendo a través de la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia expresa de los derechos y beneficios que el Código civil reconoce al fiador.

Al presente supuesto podrían extrapolarse los argumentos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, que declara que la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la cual se encontraría el consumidor si no hubiera existido la cláusula declarada abusiva, sin que sea posible ninguna limitación temporal en lo relativo a la restitución de las prestaciones³².

³¹ DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. I*, ob. cit., pp. 578-579. Un sector doctrinal ha defendido que el carácter imprescriptible de la acción de nulidad debe entenderse respecto de la declaración de nulidad, pero no por lo que se refiere a la restitución de las cosas que hubiesen sido dadas, entregadas u obtenidas en virtud del contrato nulo. En este caso se estaría al plazo de prescripción de cinco años de las acciones personales del art. 1.964 CC.

³² STJUE de 21 de diciembre de 2016. «61. De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13) debe interpretarse en

G) La posible integración de la cláusula en caso de nulidad parcial

La resolución judicial que decretase la abusividad de la cláusula de afianzamiento solidario podría no declarar la nulidad de la totalidad de la cláusula y, por tanto, que esta pudiera subsistir si la declaración de nulidad no la viciara completamente. En este sentido se posiciona el acervo normativo europeo y español de consumo.

La legislación de consumo parte del principio jurídico de los contratos, *utile per inutile non vitiatur*, es decir que lo válido no es viciado por lo inválido. Por tanto, en función del alcance de la declaración de nulidad de la cláusula de afianzamiento, nos podríamos encontrar ante dos supuestos distintos.

En primer lugar, la resolución judicial podría declarar la nulidad total de la cláusula³³ y, en este sentido, no cabría la posibilidad de integrar el contrato, de

el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula».

³³ SJM nº 1 de Donostia-San Sebastián nº 323/2014, de 2 de octubre. «Si se firma una fianza, aval o garantía, un consumidor medio razonablemente bien informado creará que tendrá que responder en caso de que no lo haga otro, el deudor principal. Pero al constituirse la fianza en el modo que consta en los dos préstamos de autos, no sucede así. El fiador solidario que renuncia a los beneficios de excusión, división y orden no es un simple avalista, sino que se transmuta en auténtico deudor. Se coloca en idéntica situación que el deudor principal». CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, ob. cit., p. 131. La doctrina ha sostenido el carácter abusivo de la cláusula de renuncia de derechos del fiador no negociada individualmente que implique una limitación de sus derechos.

acuerdo con lo dispuesto en el art. 10.2 LCGC que establece que «la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil»³⁴.

En segundo lugar, el Juez podría estimar la nulidad parcial de la cláusula y declarar nulo sólo la renuncia de los derechos de excusión y división que asisten al fiador. Se trata de la solución adoptada por la SAP de Guipúzcoa 180/2015, Sección 2ª, de 30 de septiembre de 2015³⁵.

III. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A., «Comentario al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario», en *LM*, nº 42, 2017.

ÁLVAREZ OLALLA, P., «Algunos aspectos del anteproyecto de Ley XX/2016 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Ámbito de aplicación y normas de transparencia», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 10, 2016.

APARICIO VAQUERO, J. P., «Garantías y sobre-garantías en los contratos de consumo con entidades financieras», en HERRERO GARCÍA, Mª. J., *Contratos de distribución comercial. Garantías personales*, Ratio Legis, Salamanca, 2010, p. 381-395.

BERROCAL LANZAROT, A. I., «Líneas maestras del proyecto de ley reguladora de los

contratos de crédito inmobiliario», en *DL*, nº 9097, 2017.

— «Consideraciones generales en torno al Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en *AC*, nº 1, 2018.

CABANAS TREJO, R., «Anotaciones de un notario perplejo al Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», en *DL*, nº 9047, 2017.

CALVO SAN JOSÉ, Mª. J., «La fianza solidaria», en HERRERO GARCÍA, Mª. J., *Contratos de distribución comercial. Garantías personales*, Ratio Legis, Salamanca, 2010, p. 303-313.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Artículo 3. Concepto general de consumidor y usuario», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 102-154.

CARRASCO PERERA, A., *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, La Ley, Madrid, 1991.

CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y TORRES PÉREZ, F., «Capítulo I. Ámbito de aplicación», en REBOLLO PUIG, M., y IZQUIERDO CARRASCO, M. (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 57-116.

NASARRE AZNAR, S., «Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria», en *RCDI*, nº 727, 2011, pp. 2665-2737.

PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas», en REBOLLO PUIG, M., y IZQUIERDO CARRASCO, M. (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 1307-1443.

³⁴ SAP de Álava 266/2016, de 1 de septiembre. Por su parte, dicha sentencia declaró la nulidad de toda la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia de los derechos de excusión y división.

³⁵ SAP de Guipúzcoa 180/2015, Sección 2ª, de 30 de septiembre de 2015. «En el caso de autos, la declaración de abusividad de la renuncia a los beneficios de orden, división, excusión y extinción no afecta a la subsistencia de la relación contractual de afianzamiento y el hecho de declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto a dicha renuncia no supone una integración o modificación de su contenido, sino, simplemente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes».

