

SOBRE EL CARÁCTER ABUSIVO DEL PACTO DE SOLIDARIDAD EN LA FIANZA (O LA RENUNCIA MEDIANTE CLÁUSULAS PREDISPUESITAS A LOS BENEFICIOS DE EXCUSIÓN U ORDEN Y DIVISIÓN)

A propósito de las sentencias del TS 56/2020 (RJ 2020/145) y 101/2020 (RJ 2020/39)¹

JAVIER PAGADOR LÓPEZ

Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Córdoba

JOSÉ MANUEL SERRANO CAÑAS

Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Córdoba

Revista de Derecho del Sistema Financiero 0
<https://doi.org/10.32029/2695-9569.00.05.2020>

Septiembre 2020

Págs. 209-254

RESUMEN: someter a control de contenido o abusividad y, llegado el caso, anular determinadas cláusulas predispuestas de los contratos de financiación. Es ahora momento de examinar la validez de las garantías personales a la luz de los controles de abusividad y de transparencia material, y, más concretamente,

ABSTRACT: In recent times we are witnessing a frenzied activity by judges and courts aimed at annulling pre-arranged clauses of financing contracts. It's time now to examine the validity of personal guarantees in light of abusiveness and transparency material's controls, more specifically,

1. Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación “Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial: diagnóstico y propuestas de solución” (ref. DER2017-856252-P), cuyos investigadores principales son los Profs. Drs. MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ; sus dos autores suscriben conjuntamente la totalidad del trabajo, no obstante lo cual, el Prof. Serrano Cañas es responsable de la confección de los apartados II y III, sí como los subapartados 1 a 3 del apartado IV; en tanto el Prof. Pagador ha confeccionado el subapartado 4 del apartado IV; el apartado I y las conclusiones han sido confeccionadas conjuntamente por los dos autores

la validez de la fianza solidaria configurada así mediante cláusulas predispuestas unilateralmente. El Tribunal Supremo ha dictado en poco tiempo dos sentencias que intentan aclarar el *status quaestionis*. Sin embargo, parece olvidar que, en la mayoría de las ocasiones, el pacto de solidaridad o la renuncia a los beneficios de excusión u orden y división de que gozan *prima facie* los fiadores ha sido impuesto por parte del predisponente (con frecuencia, una financiera) e introducido, además, de forma sorprendente o sin informar suficientemente a la parte adherente.

PALABRAS CLAVE: Fianza, cláusulas abusivas, transparencia material, fianza solidaria

the validity of the joint bond. The Supreme Court has issued two judgments in a short time, trying to clarify the *status quaestionis*. However, it seems to forget that, in most cases, the joint pact or the resignation of excuse, division and order that enjoy, *prima facie*, bondsmen have been imposed and surprisingly introduced by the financial entity.

KEYWORDS: Bond, abusive clauses, material transparency, joint bond

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA FIANZA. III. LA FIANZA COMO CONTRATO DE CONSUMO. 1. *Operación de empresa cuyo fiador es un consumidor*. 2. *Operación de consumo o empresa cuyo fiador es un empresario o profesional*. IV. LA VALIDEZ DE LA RENUNCIA DE LOS BENEFICIOS DE DIVISIÓN, EXCUSIÓN Y ORDEN A LA LUZ DE LOS CONTROLES DE LAS CONDICIONES GENERALES Y CLÁUSULAS PARTICULARES PREDISPUESAS. 1. *Control de inclusión o de incorporación: la transparencia formal*. 2. *Control de contenido*. 3. *Control de transparencia material*. 4. *El sometimiento de la renuncia a los beneficios de orden, excusión y división a los controles de validez*. 4.1. LA FIANZA: ¿CLÁUSULA DEL CONTRATO QUE GARANTIZA O CONTRATO AUTÓNOMO? UNA CUESTIÓN RESUELTA. 4.2. LA RENUNCIA A LOS DERECHOS DEL FIADOR Y EL PACTO DE SOLIDARIDAD: ¿DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA?. 4.3. ¿CONTROL DE ABUSIVIDAD O FALTA DE TRANSPARENCIA?. 4.4. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE VALIDEZ: NULIDAD PARCIAL O NULIDAD TOTAL. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Una parte muy importante de las operaciones comerciales que se llevan a cabo en el mercado son relaciones de consumo en sentido legal entabladas, como no podría ser de otra manera, entre empresarios (de una parte) y consumidores o usuarios (de otra). Nadie discute que en estas relaciones jurídico-económicas una de las partes se halla necesitada de protección jurídica, de tutela por parte del Estado, ya que se tiene la certeza de que en estos casos la relación jurídica no se produce entre iguales (*inter pares*), sino entre desiguales, y los mecanismos de mercado no permiten neutralizar eficazmente algunas de las consecuencias de esa situación de desequilibrio. El resultado es que los consumidores ocupan una posición jurídica débil, necesitada de tutela: surge así, como es sabido, el Derecho del consumidor.

Este conjunto de normas trata de asegurar, en suma, que el consumidor pueda contratar sin preocuparse en absoluto de las consecuencias jurídicas que se deriven de su actuación consumidora distintas de las que

razonablemente se puede esperar en relación con la concreta naturaleza de la operación de consumo. De esta manera, se intenta fomentar un consumo «tranquilo» o, si se nos permite la expresión, «*despreocupado*», con la relativa seguridad de que se va a resolver a su favor cualquier desfase y discrepancia que exista entre la imagen que razonablemente se haya conformado sobre el objeto de su contratación (sus legítimas expectativas respecto de la carga jurídica y económica que cree asumir en el contrato) y lo realmente contratado. He aquí, brevemente formulado, uno de los principales aspectos del denominado principio *pro consumatore* («el cliente siempre tiene razón»).

El Derecho de los consumidores ha actuado como «ariete» de la reforma del viejo Derecho privado. Lo ha transformado de raíz, lo ha modificado y enriquecido desde sus cimientos o, si se quiere, lo ha hecho más *auténtico*, más *fiel* a sus postulados básicos. Basta con hacer un simple vistazo a las normas reguladoras de la contratación *inter-privatos* de la codificación, vigentes *tal cual* prácticamente hasta la segunda mitad del siglo XX, y cotejarlas con las existentes en la actualidad para comprobar el enorme cambio que ha supuesto el Derecho de los consumidores a la hora de ordenar y tutelar los intereses en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas. El Derecho del consumidor rompe con el modelo liberal decimonónico de regulación del contrato, por razón de la mera intervención en el contrato de un consumidor. Y es que se ha alterado de modo significativo los pilares o dogmas sobre los que se construía el Derecho de la contratación: el principio espiritualista o de libertad de forma, el principio *pacta sunt servanda*, el principio *volenti non fit iniuria*, y la desconexión entre el Derecho de las obligaciones y contratos y el Derecho de la competencia desleal².

2. Todos y cada uno de estos dogmas van a ser vapuleados, en mayor o menor medida, por el Derecho de los Consumidores. Sin ánimo de ser exhaustivos, se pueden destacar las siguientes alteraciones o novedades: a) la alteración de la disciplina codificada del iter formativo del contrato; b) la integración del contenido del contrato con manifestaciones publicitarias o promocionales extravagantes al propio contrato y tradicionalmente consideradas irrelevantes desde el punto de vista negocial; c) el restablecimiento del formalismo contractual con la imposición a los empresarios de deberes formales encaminados a propiciar la adecuada información de sus contrapartes negociales; d) el socavamiento en algunos casos de los principios de la fuerza obligatoria de las convenciones y de la irrevocabilidad negocial (*pacta sunt servanda*) mediante la atribución al consumidor que participa en determinados sistemas de contratación o en modalidades negociales específicas de un derecho de desistimiento o *arrepentimiento* ejercitable *ad nutum*; e) la alteración, a favor del contratante, débil de la disciplina codificada del saneamiento por vicios o defectos de las cosas objeto del contrato de compraventa; y f) el establecimiento de controles formales (control de inclusión o de incorporación) y materiales (control de contenido y nuevo control de transparencia) de los contratos celebrados a través de cláusulas predispuestas y condiciones generales de la contratación. Para una mayor comprensión de estos principios, vid. PAGADOR LÓPEZ, J., «Los

Todas estas modificaciones del Derecho de contratos se encuentran encaminadas a conseguir que el consumidor se «despreocupe» del proceso de negociación.

De entre las transformaciones que se han llevado a cabo en el Derecho de contratos, merece la pena destacar los controles formales (control de inclusión o de incorporación) y materiales (control de contenido y, últimamente, control de transparencia material) para determinar la validez de las cláusulas contractuales predispuestas e impuestas tanto en condiciones generales como en condiciones particulares. Estos controles, en efecto, han supuesto un cambio de paradigma de los vicios del consentimiento contractual que afecta a todos los contratos (si bien, con diferente intensidad en función de la condición consumidora o no del adherente).

Es cierto que la «zona cero» de la conflictividad se sitúa en torno al contrato de préstamo hipotecario³. No obstante, a diario asoman al escenario nuevos protagonistas, cuya conformidad a Derecho es puesta en tela de juicio, ya por vulnerar el control de transparencia formal o el control de abusividad, ya por sucumbir al control de transparencia material. Uno de estos nuevos protagonistas afectados por la vis expansiva de los controles de validez de las cláusulas predispuestas es o son las garantías personales, articuladas jurídicamente a través del contrato de fianza. La razón es simple. Nos encontramos ante una figura habitual en los contratos de préstamo para la adquisición de la vivienda, que se añade a la garantía hipotecaria. De hecho, el TJUE ya ha tenido ocasión de despejar la cuestión de la aplicabilidad de la Directiva 93/13 a los contratos de garantía inmobiliaria o de fianza, incluso cuando el fiador es profesionalmente abogado o la fianza se presta en garantía de obligaciones nacidas de una operación comercial que no puede ser

contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas», en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ (coords), *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012, pp. 99 a 144; idem, «Capítulo 10. La protección de la clientela en el ámbito de la contratación bancaria: Control de contenido y abusividad», en MARIMÓN DURÁ y MARTÍ MIRAVALLS (dirs.), *Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros: Financiación alternativa, gestión de la información y protección del cliente*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pps. 345-386.

3. Aunque la afirmación es extensible, más ampliamente, a otros contratos bancarios, tanto de financiación (préstamos personales) como de prestación de diversos servicios (medios de pago, tarjetas de crédito y de débito, depósitos bancarios de dinero con servicio de caja, etc.), por no hablar asimismo, aunque por otras razones y en otro plano, de la intensa litigiosidad aneja a la venta por parte de algunas entidades de crédito de productos financieros complejos, en ocasiones enormemente tóxicos para las finanzas del cliente. Pero no cabe negar que el protagonismo ha correspondido a los préstamos con garantía hipotecaria, que han ofrecido un filón inagotable a los operadores jurídicos: cláusulas de redondeo, cláusulas de gastos, cláusulas suelo, cláusula I RPH o hipotecas indivisas son algunos de los asuntos que, a propósito del préstamo hipotecario, han ocupado intensamente a nuestros Tribunales en los últimos años.

calificada como de consumo⁴ y la ha llegado a calificar como «especialmente importante»⁵.

De las cuestiones que plantean las cláusulas predispuestas relativas al contrato de fianza, en el presente trabajo fijaremos la atención en la eficacia de aquellas por las cuales se impone a los fiadores la renuncia a los derechos de excusión, orden y división. Nuestra jurisprudencia menor, sobre todo en País Vasco, ha sido la más valiente a la hora de decretar la nulidad total o parcial de los contratos de fianza⁶. Con todo, al final nuestro Tribunal Supremo ha terminado por

4. Nos referimos a la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, *Costea* (TJCE 2015, 330), así como los ATJUE de 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/15 *Dumitru Tarcău* (TJCE 2015, 386) y de 14 de septiembre de 2016, asunto C 534/15, *Pavel Dumitraș, Mioara Dumitraș y BRD Groupe Société Générale-Sucursala Județeană Satu Mare* (TJCE 2016, 329); en el caso de la primera, se trataba de un abogado mercantilista que celebró un contrato de crédito con una entidad bancaria, pactando que la devolución de ese préstamo se garantizaba mediante una hipoteca constituida sobre un inmueble perteneciente al bufete de abogado de aquel. El contrato de crédito fue firmado por el letrado, por una parte, como prestatario y, por otra, como representante de su bufete de abogado, habida cuenta de la condición de garante hipotecario de dicho bufete. A la vez se constituyó la hipoteca, mediante contrato distinto entre el banco y el bufete, representado por el abogado. Pues bien, el TJUE declaró que «una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado», siendo irrelevante a estos efectos «el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete»; en el caso de la segunda y tercera resolución mencionadas sostienen, respectivamente, la aplicabilidad de la Directiva 93/13 «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» y «a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente»; esta doctrina ha sido asumida en nuestro país por la STC 75/2017, de 19 de junio (RTC 2017, 75); vid., críticamente al respecto, GONZÁLEZ CASSO, J., «El principio de primacía del derecho comunitario y la doctrina del TJUE. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 75/2017, de 19 de junio (RTC 2017, 75)», en *Diario La Ley*, núm. 9066, 23 de octubre de 2017.
5. En efecto, en el ap. 25 del ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (TJCE 2015, 386) podemos leer que «(d)icha protección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor. Tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero. Ese compromiso comporta para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar».
6. Así se suele citar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián, de 2 de octubre de 2014 (AC 2014, 1674) como la primera que declara nula por abusiva una cláusula de fianza en un préstamo hipotecario. El magistrado-juez tan sólo anuló la

pronunciarse sobre el alcance de la validez o ineficacia de las cláusulas impuestas a los fiadores, en un par de recientes sentencias dictadas en los meses de enero y febrero de este año, cuyo contenido no ha dejado a nadie indiferente. Nos referimos a las SSTS 56/2020, de 27 de enero (RJ 2020, 145)⁷ y STS 101/2020,

cláusula, manteniendo la validez del contrato principal, al entender que no incide en el objeto esencial del contrato. Entiende la Sentencia que un consumidor medio razonablemente bien informado, al consentir una fianza o aval, creará que tiene que responder en caso de que no lo haga el deudor principal con su patrimonio y, especialmente, con el inmueble hipotecado en garantía del préstamo. Pero al constituirse por imposición de la otra parte la fianza como solidaria, y además con renuncia a los beneficios de excusión, división y orden, el fiador se coloca en una situación muy semejante a la del deudor principal, situación que es improbable haya querido realmente. Vid. CARMELO LLOPIS J., «La cláusula de fianza en un préstamo hipotecario también es abusiva», <http://www.notariallopis.es/blog/i/146/73/la-clausula-de-fianza-en-un-prestamo-hipotecario-tambien-es-abusiva>.

Un año después, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó una nueva sentencia (la núm. 180/2015, de 30 de septiembre, [JUR 2015, 269085]) en la que se pone en entredicho la validez de dos cláusulas de fianza incluidas en sendas escrituras de préstamos hipotecarios otorgados por Kutxabank, en virtud de las cuales el avalista renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, así como al de extinción por prórroga concedida al deudor a que se refiere el art. 1851 del CC. Vid. HEBRERO, J. A., «Nueva sentencia sobre avals abusivos en hipotecas», <https://tuguialegal.com/2015/10/16/nueva-sentencia-sobre-avales-abusivos-en-hipotecas/?share=google-plus-1>.

Asimismo hemos de destacar las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Palma de Mallorca de 15 de enero de 2018 (JUR 2018, 39412); dos sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao núm. 11, dictadas el mismo día 5 de abril de 2018 (JUR 2018, 104772), (JUR 2018, 98896); del Juzgado de lo Mercantil San Sebastián de 18 de febrero de 2016 (JUR 2016, 88059); o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de abril de 2018 (JUR 2018, 112881). Igualmente, con meridiana claridad, la SJPIel núm. 2 de Quintanar de la Orden de 19 de mayo de 2017, subrayó «el indudable carácter abusivo de la renuncia de los derechos de beneficio de excusión, y que va implícita en la fianza solidaria pactada» y, considerando su considerable trascendencia, reprochó a la entidad bancaria no haber acreditado «que se explicara de manera clara las consecuencias de la fianza solidaria, y la renuncia de derechos que la misma conlleva, esto es, beneficio de excusión u orden y división; términos que son incomprensibles para el lego en derecho o sin conocimientos financieros y que, atendiendo a las consecuencias de los mismos, merecían un análisis e información detallada que no se ha acreditado que se suministrara. Asimismo, se debió explicar al consumidor las diferencias entre fianza solidaria y ordinaria, y las consecuencias de una y otra, para que aquél hubiera recibido la información completa con el fin de valorar la suscripción de una y otra», por lo que la estipulación no superó el control de transparencia material.

7. Resumidamente, el supuesto de hecho de esta sentencia se reduce a la existencia de un crédito con garantía hipotecaria, suscrito el 15 de abril de 2005, a favor de la entidad bancaria Caixa D'Estalvis de Catalunya, en la que intervienen como fiadores los padres de uno de los prestatarios. En la cláusula relativa al crédito hipotecario, se establece que los fiadores «afianzan, con carácter solidario, de suerte que la Caja pueda dirigirse indistintamente contra el acreditado, contra todos los fiadores o contra uno solo de ellos, y con renuncia expresa a los beneficios de excusión, división y orden, el cumplimiento de todas las obligaciones y responsabilidades dimanantes de esta escritura». Tanto la sentencia de primera instancia, como la de la Audiencia Provincial sorprendentemente desestimaron la pretensión de nulidad de esas cláusulas, alegando que la fianza es un contrato autónomo, y, por lo tanto, esa cláusula no es una condición general de la contratación y no se encuentra sometida a los controles de validez de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC).

de 12 de febrero (RJ 2020, 329)⁸. Ambas sentencias, pese a reconocer el posible sometimiento del contrato de fianza a los distintos controles de validez de las condiciones generales de la contratación, llegan a la conclusión de 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)» (STS 56/2020 (RJ 2020, 145), que se reitera en la STS 101/2020 (RJ 2020, 329))⁹.

Pese a la existencia de estas dos sentencias, no creemos que sea posible afirmar que ya contamos con una respuesta definitiva al problema, habida cuenta lo cuestionable, a nuestro juicio, del razonamiento y de la solución que en ellas se mantienen. Por el contrario, creemos que suponen un mero *punto y seguido* en el debate sobre la validez de las cláusulas que de forma unilateral moldean el contenido obligacional asumido por el fiador.

El punto de partida para tratar de llegar a una solución del problema, es la consideración del *modelo legal* del contrato de fianza, o sea, la ordenación de los diversos intereses en presencia de la regulación legal del contrato de fianza aplicable en defecto de pactos diferentes entre las partes. Su importancia es doble. Por un lado, cualquier cláusulas predispuesta unilateralmente e impuesta a un adherente-consumidor que se desvíe de ese modelo legal, habrá de contar con una sólida justificación, pues de otro modo no superará el control de contenido o abusividad. Por otra parte, ese modelo de regulación permite conocer las expectativas legítimas y razonables que puede forjarse el adherente-consumidor respecto a las obligaciones resultantes del contrato, y que solo podrán ser contradichas mediante cláusulas predispuestas e impuestas unilateralmente por el contratante profesional en caso de que estas sean dadas a conocer de manera efectiva a aquel (control de transparencia material).

II. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA FIANZA

La fianza viene definida en el art. 1822 CC como aquel contrato por el cual una persona llamada fiador asume la obligación de «pagar o cumplir por un

8. En cuanto a esta sentencia, trae causa de un préstamo personal con NCG Banco S.A. (hoy Abanca Corporación Bancaria S.A.), por importe de 18.000 €, en el que aparece una fiadora solidaria. Ante el impago del préstamo, la entidad bancaria inició el correspondiente juicio ordinario, en el que se suscitó por parte de los demandados la posible nulidad de la fianza, entre otras cláusulas. La pretensión de los demandados no prosperó en 1ª instancia y ante la Audiencia sólo se logró la nulidad de algunas de las cláusulas; no así la del afianzamiento.

9. Vid. CEPERO ARÁNGUEZ, M. A. y 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 (RJ 2020, 145), de la Sala Primera del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, núm. 9634, Sección Tribuna, 18 de mayo de 2020.

tercero, en el caso de no hacerlo éste». El fiador responde de la deuda del deudor principal y lo hace con todos sus bienes, presentes y futuros (1.911 CC)¹⁰. Estamos ante un contrato de garantía del cumplimiento de una determinada obligación jurídica de naturaleza personal. Esa función de garantía se lleva a cabo merced a la constitución de un nuevo vínculo obligatorio que se añade a la obligación preexistente. Así, en toda garantía personal coexistirán dos relaciones obligatorias distintas: por una parte, la que vincula al deudor de la obligación principal y preexistente con su acreedor y, por otra, la obligación fideiusoria o de fianza propiamente dicha, que se establece entre el acreedor de la obligación garantizada y el fiador. Ambas obligaciones o contratos están vinculados entre sí; una es garantía de la otra; de ahí la naturaleza de la fianza como contrato accesorio, dotado de contenido propio, y que cuenta con su propia y específica causa negocial. En virtud de esta nueva relación jurídica, de acuerdo con lo estipulado, el patrimonio del fiador podrá verse sometido en mayor o menor medida a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso de que el deudor principal, garantizado, no cumpla con su obligación.

De lo anterior se pueden extraer los principales rasgos característicos de esta institución. A saber:

La fianza viene configurada, por razón de su naturaleza, como un contrato accesorio y subsidiario respecto del contrato o de la relación jurídica que garantiza. Es, en efecto, un contrato accesorio por cuanto que la fianza trae causa en la garantía de cumplimiento de otra obligación jurídica (la del fiado con su acreedor) y presupone la válida existencia de esta última. Como afirma la STS 56/2020 (RJ 2020, 145), la fianza depende funcionalmente de la obligación principal (por cuanto que sirve de garantía de aquella). Esto no significa que los dos vínculos obligacionales (acreedor-deudor, acreedor-garante) se confundan, identifiquen o reduzcan a un único vínculo. La accesoriedad conlleva, empero, que ambos vínculos se integren y formen parte de una «relación contractual o negocial compleja» por la interdependencia causal existente entre ambas relaciones jurídicas. La naturaleza accesorio de este contrato conlleva una serie de consecuencias de no poca importancia. Así, la posible declaración de nulidad del negocio principal conllevará la nulidad del contrato de fianza (1.824.1 CC); a su vez, el fiador puede deber menos o igual que el deudor principal, pero nunca más (en este sentido, si se ha obligado a más,

10. La doctrina suele distinguir entre la fianza convencional, la legal y la judicial. Por fianza convencional se entiende aquella que es establecida mediante un negocio jurídico entre el acreedor y el fiador. La fianza es legal cuando viene determinada, de manera expresa, por una disposición normativa. Y será judicial, cuando sea impuesta por los Tribunales de Justicia, en los supuestos que de modo expreso se establece en las distintas leyes que regulan los procedimientos jurisdiccionales. Vid. BELUCHE RINCÓN, I., *El fiador hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; ACHÓN BRUÑÉN, M^a 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; HERNÁNDEZ, J., «El contrato de fianza: Concepto, naturaleza y clases», <https://www.dyrabogados.com/el-contrato-de-fianza-concepto-naturaleza-y-clases/14> de abril de 2015 (consultado por última vez el día 15 de mayo de 2020).

su responsabilidad se verá reducida); la posibilidad de interrumpir el plazo de prescripción de la obligación principal también conllevará la interrupción del plazo contra el fiador; etc.

A su vez, estamos ante un contrato subsidiario. Queremos decir que la obligación del fiador solo se hace efectiva –solo resulta exigible– cuando incumple el deudor principal. El fiador responde en lugar y por el fiado, en caso de que éste no pueda cumplir voluntariamente con su posición deudora. Ahora bien, pese al carácter accesorio y subsidiario, el contrato de fianza goza de autonomía propia y cierta independencia respecto de la obligación garantizada. El fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores (el obligado principal y el fiador), ni siquiera cuando estemos en presencia de una fianza solidaria (STS 56/2020).

Salvo que expresamente se pacte como solidaria (extremo este de suma relevancia, como veremos), el fiador cuenta con tres beneficios, derivados de su responsabilidad subsidiaria¹¹: El fiador dispone, en primer lugar, del beneficio del derecho o beneficio de excusión. En virtud de este beneficio, el fiador puede oponerse a la reclamación del acreedor, señalándole bienes del deudor principal antes de dirigirse contra él. El beneficio de excusión permite al fiador, ante una reclamación del acreedor, rehusar el pago en tanto el acreedor no haya ejecutado infructuosamente el patrimonio del deudor, aun cuando soportando la carga de indicar al acreedor bienes del deudor que pueden ejecutarse (art. 1832 del CC)¹². En segundo lugar, el fiador goza del beneficio de división, operativo en caso de pluralidad de fiadores y por una misma deuda. Por mor de este principio, la obligación se dividirá ente todos ellos, de manera que el acreedor no puede reclamar a cada uno la totalidad de la deuda garantizada, sino la parte que a cada uno corresponda satisfacer (art. 1837 CC). Aun siendo categorías muy próximas, subsidiariedad y excusión no son beneficios idénticos, ni sinónimos. El principio de subsidiariedad implica que la obligación del fiador solo nace si el deudor principal incumple, en tanto que el beneficio de excusión –que presupone el incumplimiento del deudor– supone

11. A este respecto es provechosa la lectura de la manualística civilista clásica; vid., *ad exemplum*, ALBALADEJO GARCÍA, N., *Derecho Civil*. II, vol. segundo, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Librería Bosch, 8ª edición, Barcelona, 1989, pp. 471 y ss.

12. Es preciso notar que el beneficio de excusión no implica, necesariamente, que el acreedor tenga la obligación de dirigir necesariamente su demanda en primer término contra el deudor, y solo después de haber agotado su patrimonio, pueda dirigirse contra el fiador. Por mor del principio de economía procesal se permite, empero, que el acreedor pueda citar al fiador cuando demande al deudor principal, sin perjuicio de quedar siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos (art. 1834 CC). Así, SAP de Salamanca, 408/2017 (JUR 2017, 252044). ACHÓN BRUÑÉN, Mª J., «Los problemas de ser fiador», cit.; ESTÉBANEZ IZQUIERDO, J.M., «Algunas notas en relación a los avales y fianzas», <https://josemanueltebanez.blogspot.com/2017/03/algunas-notas-en-relacion-los-avales-y.html>

que el fiador no puede ser compelido al pago mientras queden en el patrimonio del deudor bienes bastantes para hacer frente a la deuda (art. 1830 CC)¹³. Por tanto, si rige el beneficio de excusión o de orden¹⁴, el fiador, incumplida la obligación, puede aplazar el cumplimiento de la suya mientras el deudor disponga de bienes realizables suficientes para cubrir el importe de la deuda (art. 1832 del CC). En último lugar, al fiador se le reconoce el beneficio de orden. En virtud de este beneficio, en caso de incumplimiento, el fiador deberá guardar una prelación (orden) y primero reclamar al deudor principal y después al fiador.

Es cierto, sin embargo, que estamos ante derechos libremente disponibles por el fiador. De ahí que en el párrafo 2º del art. 1822 se admita que mediante pacto expreso se establezca la solidaridad de la responsabilidad del fiador, en cuyo caso, el fiador renuncia y queda desprovisto de estos beneficios. En estos casos, el fiador, tanto si la fianza se pacta como solidaria como si renuncia al beneficio de excusión, es consciente de que se sitúa en la misma posición jurídica que el deudor garantizado. A diferencia de lo que sucede con la “fianza normal”¹⁵, basta, pues, con que concurra la situación objetiva de incumplimiento (principio de subsidiariedad) para que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra el deudor o contra el fiador¹⁶.

Es más, si se ha pactado la solidaridad de la fianza, como veremos, la exclusión en las condiciones generales, de los beneficios de orden, división y excusión no producirá ningún efecto en cuanto a la posición obligacional del fiador, puesto que es una redundancia del carácter en que se haya configurado la fianza. En este caso, la cuestión fundamental estribará en cómo se haya pactado la solidaridad de la fianza, en el sentido de si ha sido una cualidad concretamente pactada y querida por las partes (esto es, especialmente negociada), o si, por el contrario, estamos ante contenidos negociales unilateralmente predisuestos e impuestos por el contratante profesional, que suele coincidir

13. En este sentido, existen ya pronunciamientos judiciales que consideran abusiva la cláusula que releva al acreedor de toda obligación de notificarle la falta de pago del deudor, pues esta cláusula entra en colisión con el carácter subsidiario de la fianza predicable incluso en los casos en que se haya pactado una fianza solidaria (SAP A Coruña, Sec. 4.ª, 309/2017, [JUR 2017, 254010]). ACHÓN BRUÑÉN, Mª J., «Los problemas de ser fiador», cit.

14. Con todo, cualificados sectores de la doctrina civilista dispensan consideración unitaria a los beneficios de excusión y orden: así, ALBALADEJO GARCÍA, M., cit., p. 472; la cuestión carece de relevancia a nuestros efectos.

15. Tomamos la expresión del Prof. ALBALADEJO GARCÍA, cit., p. 473.

16. Así, SSAP Barcelona, 430/2018, de 25 de junio (JUR 2018, 199497), y 433/2019 de 6 de marzo (JUR 2019, 83887). la doctrina mercantilista se ha esforzado por afirmar la solidaridad como una de las características distintivas de la fianza mercantil, en contraposición a la civil; pero esta pretensión se ha enfrentado a dificultades no menores: vid. MIRANDA SERRANO, L., «retos y tendencias en materia de disposiciones generales sobre obligaciones y contratos mercantiles: Aportaciones del Derecho mercantil a una regulación unitaria de la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos (I)», en SERRANO CAÑAS, CASADO NAVARRO (coord.), MIRANDA SERRANO, PAGADOR LÓPEZ (dir.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 41 a 90.

con el acreedor garantizado. En este último caso, la estipulación que obre ese efecto, en la medida en que el fiador no actúe profesionalmente, habrá de ser sometida a control de contenido o abusividad, y asimismo, en función de las circunstancias de cada caso concreto, a un control de transparencia material, en cuanto concurren indicios de que en tal manera quedan contradichas expectativas legítimas y razonables del fiador o fiadores respecto a la posición que ocupan con respecto a la obligación garantizada.

De lo anterior se puede extraer una conclusión fundamental para el desarrollo de nuestro trabajo. Nuestro legislador ha configurado legalmente la fianza como un contrato accesorio y subordinado que, excepcionalmente, admite su reconfiguración mediando un pacto expreso entre las partes. Esa es la fianza “normal”¹⁷. Cualquier persona no docta en derecho percibe la fianza como un contrato por el cual el garante asume la obligación de responder para el caso de que no lo haga su fiado («si mi hijo no puede pagar porque se queda sin bienes, entonces pago yo»). Dicho con en términos jurídicamente relevantes, las legítimas expectativas jurídicas y económicas de un fiador medio estriban en que asume responsabilidad frente al acreedor de su fiado, pero sólo cuando éste no puede responder, por el importe que reste de la deuda y siempre que el acreedor haya agotado todas las posibilidades de satisfacer su crédito a través del patrimonio del fiado. Y esas expectativas no se fundamentan en *charlas de café* o *programas de crónica rosa*, sino en el modelo legal del contrato de fianza recogido por el Código civil. Tan es así que, como afirma el propio TS (en la STS 56/2020 (RJ 2020, 145)), resulta necesario tomar «las necesarias cautelas» a la hora de tomar en consideración el apartado 2º del art. 1822 CC. En efecto, como cualquier derecho, se permite la transacción y renuncia de los derechos de orden, división y excusión. Pero, la reconversión de la fianza subsidiaria a la fianza solidaria requiere el consentimiento expreso del fiador [en cumplimiento del art. 1261 CC: la conjunción entre consentimiento, objeto y causa (*volenti non fit iniuria*)].

No ofrece duda alguna la validez de la renuncia libre y consentida por parte del fiador a los derechos que la ley le concede; como tampoco suscita el menor reproche de ilegalidad la contratación de una fianza solidaria; siempre, claro, que la renuncia o la solidaridad haya sido consciente y libremente elegida, esto es, conocida y querida por el garante, pudiendo contar con la renuncia a prestar fianza como alternativa razonablemente disponible. El problema estriba en aquellos casos en los que la renuncia o la solidaridad haya sido predispuesta e impuesta por parte de la entidad bancaria (cuestión que se agrava cuando esa renuncia a la solidaridad viene recogida en el pliego de condiciones generales de la contratación), por cuanto sobre esas cláusulas no puede admitirse la existencia de un consentimiento negocial genuino por parte del adherente, de modo que su validez depende de que respeten los requisitos legalmente establecidos respecto de las condiciones generales y cláusulas predispuestas, o,

17. Vid. *supra* nota [15].

por decirlo de manera directa, de que superen los *tests* de transparencia formal y material y de contenido o abusividad.

En este sentido, es necesario hacer referencia al Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19*, y que modifica el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, *de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19* por cuanto que ha declarado la ineficacia total de la renuncia expresa al beneficio de exclusión respecto de aquellos fiadores o avalistas a los que sea aplicable la suspensión de las obligaciones derivadas de créditos sin garantía hipotecaria (art. 22 RD-L 11/2020¹⁸) o, en los casos de deuda hipotecaria para la adquisición de vivienda habitual, para los garantes no deudores que se encuentren en los supuestos de vulnerabilidad económica (art. 10 RD-L 8/2020¹⁹).

III. LA FIANZA COMO CONTRATO DE CONSUMO

Perfilada la institución, se hace necesario determinar en qué casos se puede considerar el contrato de fianza como un contrato de consumo, a efectos de dispensar al fiador o garante el tratamiento legal propio de los consumidores o usuarios, dado que de esa calificación dependerá el sometimiento de su pliego de condiciones generales (y, también, particulares, pero impuestas) a los distintos controles que pueden determinar su eficacia o no, y señaladamente, por lo que ahora interesa, a los controles de abusividad y de transparencia material.

No es discutible la calificación de la fianza como contrato de consumo en los casos en que la obligación principal garantizada tenga tal consideración y tanto el deudor garantizado como el fiador actúen como consumidores. Por tal razón, es necesario delimitar qué se entiende por consumidor (tarea ésta no tan sencilla como puede parecer en un primer momento²⁰). Para el TRLG-

18. Dispone esta norma que «(l)os fiadores o avalistas a los que les resulte de aplicación la suspensión de las obligaciones derivadas de los contratos de crédito sin garantía hipotecaria **podrán exigir que el acreedor agote el patrimonio del deudor principal** antes de reclamarles la deuda garantizada, **aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión**» (la **negrita** es nuestra).

19. Dispone esta norma que «(l)os fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en los supuestos de vulnerabilidad económica **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 Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda garantizada, **aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión**» (la **negrita** es nuestra).

20. Vid. PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L. M., «La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores», en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ (coords.), *Derecho (privado)...*, cit., pp. 19-62. Esta concepción ha sido ampliamente acogida por nuestra jurisprudencia. Así, entre otras, vid. STS de 22 de abril de 2015, (RJ 2015, 1360), FD 3º. Según la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 330), asunto C-110/14, quien adquiere

DCU, consumidor es aquella persona física o jurídica que actúe al margen de su actividad comercial, empresarial o profesional²¹, en consonancia con la Directiva 93/13 que utiliza ese mismo criterio funcional: esto es, el hecho de que la relación contractual de que se trata se sitúe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión. Este criterio funcional ha llevado

un bien para arrendarlo, al no tratarse el alquiler de su actividad habitual, también ha de ser considerado consumidor, pues esta última condición no es incompatible con la actuación con ánimo de lucro, sino con la nota de la profesionalidad. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo, en la STJCE 10 abril 2008 (TJCE 2008, 78), (asunto *Hamilton*), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento, en un caso de contrato de crédito, para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (TJCE 2005, 312), (asunto *Schulte*), sobre un contrato de inversión. Respecto de la habitualidad, según las SSTs de 9 de junio de 2017 (RJ 2017, 2625) y del pleno de 16 de enero de 2017 (RJ 2017, 22), el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º C Com.». El lector interesado encontrará una síntesis de la doctrina jurisprudencial tanto del TJUE como del STS sobre el concepto legal de consumidor o usuario en la STS de 11 de abril de 2019, FD 3º.

21. Para la antigua LGDCU el elemento definidor del consumidor (y, por ende, del acto de consumo) venía dado por la actuación de éste como destinatario final. Esta expresión no estaba exenta de equívocos. La expresión *destinatario final* hace alusión a quien adquiere bienes o contrata servicios para satisfacer necesidades personales, familiares o particulares: el consumidor final. Consumidor final existe cuando en un contrato la contraparte sea un empresario o profesional (no otro particular) siempre que esa operación se ubique en la última etapa de los procesos de circulación de la riqueza en el mercado. De ahí que, con la antigua LGDCU en la mano, un empresario pudiera ser considerado destinatario final y, por ende, consumidor, cuando llevase a cabo actos de consumo para integrararlos en sus procesos de transformación (consumo *empresarial*), dada la deficiente redacción del art. 1.3 LGDCU. Pero también dejaba fuera del concepto de consumidor (destinatario final) a aquellas personas que contratan bienes o servicios, no para destinarlos a satisfacer sus necesidades familiares o particulares, sino para obtener un lucro (piénsese en el particular propietario de una vivienda vacía que contrata un servicio de pintura de la misma a fin de arrendarla). Hoy, con la nueva redacción de los arts. 3 y 4 del TRDCU, desaparecen los problemas hermenéuticos que encerraba este concepto de “destinatario final”. Consumidor es el que actúe en el mercado en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. El TRDCU acoge, así, una noción estricta de consumidor no tan alejada de la de la primitiva redacción del art. 1 LGDCU: son consumidores quienes adquieran bienes o servicios para su uso personal, familiar o doméstico; lo que sucede, ahora, es que esa intencionalidad se expresa en sentido negativo, esto es, son consumidores quienes actúan al margen de su actividad empresarial o profesional. ¿Cuándo se entiende que una persona actúa en un ámbito ajeno? La respuesta la podríamos extraer del antiguo art. 1.3 LGDCU, según el cual no serían consumidores los que “adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en los procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

a afirmar, por el TJUE, que el concepto de «consumidor» en el marco de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo, en el sentido de que para definir el ámbito de aplicación de dicha Directiva carece de relevancia alguna el objeto del contrato, puesto que la Directiva 93/13 se aplica atendiendo únicamente a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional²².

En los demás supuestos, la calificación podrá resultar algo más compleja. Sin ánimo de ser exhaustivos, las situaciones que presentan perfiles menos claros podrían ser, a nuestro juicio, las que siguen:

1. OPERACIÓN DE EMPRESA CUYO FIADOR ES UN CONSUMIDOR

En numerosas ocasiones, las entidades financieras, a la hora de conceder créditos a sociedades mercantiles, sobre todo de pequeña y mediana dimensión, exigen que todos o algunos de los socios afiancen (de forma solidaria) la operación crediticia. También no es extraño que la entidad financiera pretenda que el administrador (sobre todo en caso de administrador único) e, incluso, su cónyuge, padres y acaso algún otro allegado, presten fianza personal para la concesión de créditos a la empresa. Pues bien, en estos casos, para la calificación de los contratos de fianza sobre operaciones empresariales (fundamentalmente contratos de financiación) cuyo fiador no sea un empresario, habrá que encontrar el punto de equilibrio entre los dos principios básicos del contrato de fianza; a saber: su carácter subordinado y su carácter autónomo respecto del contrato que garantiza.

En virtud de la accesoriedad de la fianza, dispone el art. 439 C. de c. que ésta será mercantil cuando tenga «por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante». Ahora bien, una aplicación rigorista de esta regla decimonónica nos llevaría a conceptuar a la fianza, en la práctica totalidad de los supuestos, como un contrato mercantil, puesto que de forma generalizada los contratos de fianza se insertan en el seno de los contratos de préstamos bancarios y predomina en la doctrina la afirmación de la naturaleza mercantil de los contratos bancarios²³.

22. SSTJUE *Costea* (TJCE 2015, 330); *Asbeek BrusseKatarina*, C-488/11 (TJCE 2013, 145); AATJUE de 19 de noviembre de 2015, *Dumitru Tarcău* (TJCE 2015, 386) y de 14 de septiembre de 2016, asunto C 534/15 (TJCE 2016, 329); así como la STC 75/2017, de 19 de junio (RTC 2017/75).

23. ACHÓN BRUÑEN, M^a J., «Los problemas de ser fiador», cit.; entre otras, SAP Barcelona (Secc.16^a) núm. 3/2010, de 8 de enero (JUR 2010, 115342). En efecto, mayoritariamente la doctrina atribuye a los bancarios la condición de contratos de empresa y, por ende, mercantiles, por aplicación de la doctrina de *los actos de empresa*. De conformidad con este criterio, serán mercantiles todos los contratos que conforman el tráfico del empresario, es decir, su actividad de empresa, ya sea esta comercial, industrial o de servicios. En particular, en el ámbito de la contratación bancaria, es la inserción del contrato dentro de las actividades típicamente bancarias lo que reclama y sustenta la mercantilidad de estos negocios. Ciertamente es, empero, que no existe unanimidad en este punto. Para un sector doctrinal minoritario en la doctrina mercantilista, la mercantilidad no es predicable de los contratos bancarios de consumo. Éstos son aquellos caracterizados por que

Este ha sido el criterio tradicional con el que tanto nuestra jurisprudencia patria, como europea trataba al garante/fiador, por la cual, no podía acceder a la protección del Derecho (privado) de los consumidores²⁴. Esta línea jurisprudencial comienza a desecharse tras la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 330), (asunto C-110/14, caso *Costea vs. SC Volksbank România*), en donde el Tribunal llega a la conclusión de que la condición de la persona en el contrato accesorio, no determina su condición en el contrato principal. Y esta nueva línea se asienta definitivamente por el TJUE a través de sus Autos de 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/15, *Dumitru Tarcău* (TJCE 2015, 386) y de 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/15, *Pavel Dumitraș, Mioara Dumitraș y BRD Groupe Société Générale-Sucursala Județeană Satu Mare* (TJCE 2016, 329)²⁵. Esta solución fue introducida en España a raíz de la STS 314/2018, de 28 de mayo (RJ 2018, 2281), pasando por la STC 75/2017, de 19 de junio (RTC 2017, 75) (BOE de 19 de julio de 2017)²⁶.

Así pues, además de la accesoriedad, la naturaleza de la fianza debe construirse sobre la base de su carácter autónomo. De ahí que debamos entender que la fianza resulta sometida a la normativa consumerista cuando el fiador actúe al margen de su actividad empresarial o profesional, esto es, como una persona que actúa sin ánimo o interés empresarial o profesional, con independencia de que la operación de la que nace la obligación garantizada pueda ser calificada o no como contrato de consumo. La primacía del carácter autónomo tuvo lugar merced al Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015 (TJCE 2015, 386) reiterado por el Auto del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (TJCE 2016, 329), (asunto C-534/15, *Caso Pavel Dumitraș*), conforme al cual dada la individualidad propia de este contrato, hay que tener en cuenta si el garante actúa o no en el marco de su actividad profesional, de manera que si actúa en un ámbito ajeno, tendrá la consideración de consumidor aunque la operación afianzada tenga carácter empresarial, siempre que entre el garante y el

los clientes contratan con la entidad bancaria sin la finalidad de integrar lo adquirido o contratado en procesos de mercado de carácter industrial, comercial o profesional o, si se prefiere, aquellos celebrados al margen de una actividad empresarial o profesional (art. 3 TRLGDCU). El Tribunal Supremo, por su parte, sobre la base de lo dispuesto en el art. 2 Ccom y de la calificación que hacen algunos artículos del Ccom de las operaciones bancarias como mercantiles, ha sostenido en ciertos casos la mercantilidad de los préstamos bancarios no destinados a actos de comercio. En cambio, para alguna jurisprudencia menor no ofrece dudas, por ejemplo, la naturaleza civil de un contrato de leasing a consumidor.

24. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., «De nuevo sobre el concepto de consumidor y su repercusión en la situación de los garantes», *El derecho.com*, <https://elderecho.com/nuevo-concepto-consumidor-repercusion-la-situacion-los-garantes>. Así, entre otras, Auto TS 595/2016 de 1 de junio (JUR 2016, 133638).

25. *Supra* NOTA [4].

26. Yerra, por ello, a nuestro juicio la STS de 11 de abril de 2019, en la medida en que excluye la condición de consumidora de la fiadora –hermana de la deudora principal– por la razón de que la operación negocial de la que nacía la obligación garantizada no era un contrato de consumo (se trataba de un préstamo para financiar la apertura de un negocio de hostelería por parte de una persona que era profesionalmente traductora).

prestatario no existan vínculos funcionales (por ejemplo, una sociedad y su administrador)²⁷.

Esta finalidad no empresarial puede acreditarse fácilmente en aquellos supuestos en los que el fiador no tenga la condición de empresario, y, además, no se encuentre unido a la empresa por vínculo funcional u orgánico²⁸. Así pues, en el caso de que una persona física se constituya en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, se hace necesario determinar si dicha persona actúa en el marco de su actividad profesional, o de vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad (como pueden ser la gerencia de la misma, la participación significativa en su capital social, o bien la titularidad de un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza²⁹), o si, por el contrario, actúa con fines de carácter privado. Sólo en este último caso, se podría hablar de la fianza como un contrato de consumo. Esta última circunstancia se podrá apreciar fácilmente cuando el fiador no sea socio ni administrador³⁰.

27. ACHÓN BRUÑÉN, M^a J., «Los problemas de ser fiador», cit. En lo que respecta a la jurisprudencia del TS se puede apreciar que, en un primer momento, optó por aplicar un criterio restrictivo a la hora de interpretar el concepto de consumidor, acorde con el criterio imperante en la jurisprudencia europea. Así, en la STJUE de 17 de marzo de 1998 (TJCE 1998, 52), asunto *Dietzinger*), sobre un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para una finalidad empresarial ajena, sostuvo que la Directiva “no limita su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, siempre que tales bienes o servicios estén destinados al consumo privado”. En este sentido, también, RDGRN de 31 de octubre de 2017 (RJ 2017, 6060). Esta línea ha vuelto a aparecer, como hemos advertido, en la reciente STS de 11 de abril de 2019.

28. Así, STJUE C-45/96, de 17 de marzo de 98 (TJCE 1998, 52), (asunto *Dietzinger*).

29. Este último aspecto resulta, ciertamente, más problemático, al estar ante un concepto jurídico indeterminado. Téngase presente que desde el punto de vista cuantitativo no existe en la legislación nacional un concepto claro ni unívoco de participación significativa (lo que se aprecia cotejando los arts. 174 y 175 LSC con el art. 93.2.1º de la Ley Concursal [que se corresponde con el art. 283 del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo]). Parece que el criterio determinante deba ser la capacidad del socio para decidir en la junta general e influir en las decisiones del órgano de administración social. Lo relevante será que el socio tenga una preeminencia tal en la sociedad que influya decisivamente en su toma de decisiones y suponga que, de facto, su voluntad y la del ente social coincidan (por todas STJUE de 25 enero de 2018, [TJCE 2018, 25], asunto C-498/16, caso *Schrems*).

30. Así, el Auto del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (TJCE 2016, 329), (asunto C-534/15, *Caso Pavel Dumitras*) reconoce la aplicación de la Directiva 93/13 a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre un particular y un banco para garantizar las obligaciones que una empresa ha asumido frente a éste, en el que el fiador actúa movido por un vínculo amistoso o familiar. Asimismo, STS de 28 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2281)), con relación, entre otros extremos, el control de transparencia respecto de condiciones generales de la contratación incluidas en los contratos formalizados con empresas y, muy especialmente, el tratamiento que ha de darse al garante, sea o no consumidor, cuando garantice una operación mercantil.

2. OPERACIÓN DE CONSUMO O EMPRESA CUYO FIADOR ES UN EMPRESARIO O PROFESIONAL

En aquellos contratos en los que el deudor principal ostenta la consideración de consumidor o usuario, prevalece la opinión de que la naturaleza de la fianza ha de fundarse no sobre la base de la accesoriedad (*accessorium sequitur principale*: si el contrato principal es un contrato de consumo, el de fianza también), sino en razón de su carácter autónomo. Es decir, prima el carácter autónomo de la fianza y, sobre esta base, ésta se considera mercantil. En efecto, la actuación profesional o empresarial del fiador condiciona y cualifica su especial vínculo jurídico como garante de una relación de consumo. Pese a ello, la jurisprudencia menor no ha desatendido del todo el carácter accesorio de las garantías personales, y en ocasiones ha extendido al fiador profesional los efectos derivados de la declaración de abusividad de la obligación principal, ya sea ésta declarada de oficio, ex art. 552.1.II LEC, ya a instancia del deudor consumidor³¹.

IV. LA VALIDEZ DE LA RENUNCIA DE LOS BENEFICIOS DE DIVISIÓN, EXCUSIÓN Y ORDEN A LA LUZ DE LOS CONTROLES DE LAS CONDICIONES GENERALES Y CLÁUSULAS PARTICULARES PREDISPUESTAS

El principio de autonomía de la voluntad se manifiesta en el contrato en un doble sentido: en la libertad de los contratantes de celebrar o no un contrato y en la libertad de contribuir a la fijación de su contenido. Sin embargo, cuando los contratos se celebran a través de condiciones generales se produce una exacerbación de dicho principio para una de las partes contratantes (el predisponente), con la consiguiente reducción para la otra parte (el adherente), cuya autonomía de la voluntad queda limitada a un único extremo: decidir si quiere contratar o no, sin posibilidad alguna de participar en la fijación de su contenido.

El uso de condiciones generales a la hora de contratar posibilita, agiliza y simplifica la celebración de una pluralidad de contratos, ya que las cláusulas contenidas en los mismos son redactadas previamente e insertadas en todos ellos. Este proceso se transforma en uno ágil, rápido y simple favoreciendo la celebración de una gran pluralidad de contratos en un escaso periodo de tiempo, debiendo el adherente únicamente que centrar su interés en las prestaciones principales y decidir si termina adhiriéndose o no al contrato predispuesto³². No es erróneo afirmar que las condiciones generales se insertan *para no ser leídas* por el adherente. *No trae cuenta hacerlo*. Al estar previamente establecidas las cláusulas del contrato, la empresa en general y los clientes en particular saben a dónde remitirse si se encuentran ante una

31. ACHÓN BRUÑÉN, M^a J., «Los problemas de ser fiador», cit.; SOLER SOLÉ, G.; SERRA RODRÍGUEZ, A.; IZQUIERDO BLANCO, P. y FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 30 y 35.

32. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, 1991.

situación problemática, pues ya ha sido regulado con anterioridad, sin ser necesario mantener constantes comunicaciones entre las partes. Los empresarios saben que sus clientes no conocen ni tienen en cuenta el contenido de regulación material de las condiciones generales y cláusulas predispuestas a la hora de decidir si celebran o no el contrato y con quién lo hacen. Por tanto, no tienen incentivos para ofrecer *mejores* condiciones generales. Más bien ocurre lo contrario. Si ahorran costes mediante condiciones generales *malas* para los clientes, podrán ofrecer *mejores precios* que, a diferencia de las anteriores, sí son conocidos y tenidos en cuenta por los clientes a la hora de decidir la celebración del contrato. Más aún, es el mismo legislador quien fomenta el uso de estas condiciones generales y anima a los consumidores a adherirse *despreocupadamente* al contrato, dándoles la seguridad de que, en caso de que hubiera en él alguna *cláusula abusiva*, los adherentes no quedarán vinculados por ella³³.

Los contratos que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos a lo dispuesto por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre *Condiciones Generales de la Contratación* (en adelante, LCGC). Ahora bien, cuando la contraparte de uno de estos contratos de adhesión sea un consumidor en sentido legal también resultará de aplicación el TRDCU, que se ocupa de los contratos de consumo celebrados mediante cláusulas predispuestas, aun cuando lo sean para un solo caso (es decir, sean o no *generales*).

El TRLGDCU entra en juego con arreglo a un doble criterio: – Subjetivo³⁴, en el sentido que sólo se aplicará a aquellos supuestos en que la parte adherente sea consumidor o usuario conforme a la definición que aparece recogida en el art. 3 TRDCU³⁵. – Y, objetivo, ya que conforme al art. 82.1, se aplicará a los contratos que incluyan *cláusulas o estipulaciones no*

33. MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008.

34. En rigor de conceptos, se trata de un concepto *funcional* más que *subjetivo*, ya que lo decisivo es si el sujeto que celebra un contrato *actúa* –desempeña la función– o no como empresario o profesional.

35. Es preciso advertir que nuestro Derecho, a diferencia del comunitario europeo, extiende la posibilidad de considerar consumidores a las personas jurídicas así como a las entidades sin personalidad jurídica, siempre que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial (art. 3, párr. 2º); con su actual redacción es, a nuestro juicio, imaginable que una sociedad mercantil lleve a cabo una actuación consumidora (*por ejemplo*, compra por parte de una sociedad anónima bancaria de *equipos de protección individual* para regalarlos al personal sanitario), aun cuando lata tras ella el propósito de robustecer su reputación empresarial en el mercado; la reciente STJUE de 2 de abril de 2020 (asunto C329/19; *Condominio di Milano, via Meda y Eurothermo SpA*) que la Directiva 93/13 no se opone «a una jurisprudencia nacional que interpreta la normativa destinada a transponer al Derecho interno esa Directiva de manera que las normas de protección de los consumidores que contiene se aplican también a un contrato celebrado por un sujeto de Derecho como el condominio en Derecho italiano con un profesional, aunque ese sujeto de Derecho no esté comprendido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva».

negociadas individualmente (cfr. arts. 80.1 y 82.1 TRDCU³⁶). En consecuencia, el régimen de protección del TRLGDCU es aplicará no sólo con relación a condiciones generales *stricto sensu*, sino, más ampliamente, con relación a cualesquiera cláusulas contractuales predisuestas e impuestas por el contratante que actúa empresarial o profesionalmente, aun cuando no posean carácter general o, si se prefiere, a los que la Exposición de Motivos de la LCGC denomina, con expresión no muy afortunada, «contratos de adhesión particulares».

Por tanto, las cláusulas incluidas en el ámbito de aplicación del TRLGDCU han de reunir las siguientes notas características: 1.º Contractualidad, es decir, han de tratarse de cláusulas destinadas a formar parte del contenido de un contrato, o de un negocio jurídico a celebrar juntamente con este. 2.º Predisposición: la cláusula o cláusulas en cuestión deben haber sido redactadas previamente a la fase de negociación del contrato. 3.º Imposición: la aplicación de la cláusula en cuestión no puede ser evitada por el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate. Por tanto, cuando la cláusula deja de ser materialmente una emanación de la voluntad unilateral del predisponente as la que se adhiere el consumidor, porque es *conocida y querida tal cual* por los dos contratantes, aun sin haber experimentado una modificación material como consecuencia del proceso de negociación, deja de aplicarse el sistema protector de las condiciones generales de la contratación. En suma, el TRLGDCU se aplicará tanto a las condiciones generales *stricto sensu* (prerredactadas para ser aplicadas a una pluralidad de contratos) como a las cláusulas particulares (no generales) que hayan sido predisuestas y no negociadas individualmente («cláusulas predisuestas individuales»).

Este punto es de vital importancia y parece que se olvida por parte de nuestro máximo intérprete. El hecho de que la renuncia a los beneficios de excusión, división y orden o de que el carácter solidario de la fianza se imponga no entre el fárrago de condiciones generales, sino entre las estipulaciones relativas a las prestaciones esenciales del contrato, no significa que hayan de verse libres del control *ex* TRDCU. Al margen de que estén en un lugar u otro del documento contractual, si se trata de cláusulas predisuestas e impuestas a iniciativa del predisponente, se tratará de las *cláusulas no negociadas individualmente* o de las *condiciones generales de la contratación* sometidas al ámbito de aplicación, respectivamente, del TRDCU y de la LCGC. Su exoneración de los controles previstos por estos dos textos legales tendrá lugar cuando no se trate de cláusulas predisuestas o impuestas, sino negociadas, sin perjuicio de que en tal caso hayan de respetar, además, como es natural, las exigencias del art. 1261 CC. Por consiguiente, lo anterior ocurrirá cuando las referidas cláusulas puedan considerarse una verdadera renuncia negociada, conocida y consentida por el fiador, teniendo en cuenta,

36. El art. 82.1 TRDCU incluye, además, una pintoresca referencia a *prácticas no consentidas expresamente*, tan bienintencionada como técnicamente deficiente y exótica en un precepto destinado a disciplinar *reglas de conducta*.

además, que por mor del art. 82.2.2 TRDCU, es el contratante empresario o profesional el que soporta la carga de la prueba del carácter especialmente negociado de una cláusula predispuesta.

La regulación del TRLGDCU ha establecido tradicionalmente dos distintos controles aplicables tanto a las condiciones generales (prerredactadas para ser aplicadas a una pluralidad de contratos) como a las cláusulas particulares predispuestas y no negociadas individualmente, al que ahora hemos de añadir un tercer control de nuevo cuño, de transparencia material, desarrollado jurisprudencialmente sobre la base del art. 4.2 de la Directiva 93/13³⁷.

1. CONTROL DE INCLUSIÓN O DE INCORPORACIÓN: LA TRANSPARENCIA FORMAL

De un lado, el control de inclusión o de incorporación, con el que se fijan las exigencias de carácter formal que ha de cumplir el predisponente para que sus cláusulas prerredactadas se incorporen válidamente al contrato. A saber: la perceptibilidad (no letra pequeña); la comprensibilidad (comprensible por el consumidor medio del sector); la necesidad de entrega o carácter accesible (facilitar al adherente un ejemplar); teniendo en cuenta que en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor (art. 80.2).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras SSTs 314/2018 [RJ 2018, 2281], de 28 de mayo, y 168/2020, de 11 de marzo [RJ 2020, 944]) es unánime a la hora de considerar que, para superar el control de incorporación, la cláusula en cuestión debe contar con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato. Es decir, junto al parámetro de la claridad y comprensibilidad, debe concurrir el requisito de la posibilidad de conocimiento, puesto que el control de inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. La posibilidad de conocimiento, como veremos, es distinto de su efectivo conocimiento (para controlar si el adherente conocía verdaderamente el contenido de la cláusula se construirá el test de publicidad material). En suma, el control de incorporación tiene la finalidad de garantizar y asegurar la incorporación de las cláusulas prerredactadas al contrato, lo que se traduce, desde la perspectiva del adherente, en una mera posibilidad de conocimiento de las mismas, no su conocimiento efectivo³⁸.

37. Vid., por todos, MIRANDA SERRANO, L.M., «El Control de Transparencia de Condiciones Generales y Cláusulas Predispuestas en la Contratación Bancaria», *InDret*, Vol. 2, 2018.

38. Vid. MIRANDA SERRANO, L. M., «El Control de Transparencia...», cit., *passim*; asimismo, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Bosch, 2008; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Comentario al artículo 80 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 696-710; CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho civil*, Vol. 2, núm. 3, 2015, pp. 67-105; GONZÁLEZ

2. CONTROL DE CONTENIDO

Por otro lado, el control de contenido o de abusividad se introduce con vistas a dilucidar si la regulación material establecida en condiciones generales o en cláusulas particulares resulta o no admisible, según sea o no compatible con las exigencias de la buena fe en sentido objetivo. En palabras del TRDCU, se reputarán abusivas y, por ende, nulas e ineficaces aquellas estipulaciones y prácticas que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. Así pues, nos encontramos ante una cláusula de carácter abusivo cuando, no siendo aquellas cláusulas referidas al objeto principal del contrato, su contenido resulte contrario al Derecho dispositivo, a los usos o a la buena fe³⁹.

3. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL

En tercer y último lugar, se ha elaborado un último test de control de validez de las condiciones generales y cláusulas predisuestas. Nos referimos, concretamente, a las que regulan los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) y, más en general, a aquellas que, por cualesquiera razones, han sido conocidas, queridas y ponderadas a la hora de adoptar la decisión de celebrar el contrato, de modo que, a diferencia de lo que sucede típicamente con el contenido de regulación material de las condiciones generales y cláusulas predisuestas, en estos casos, el adherente *sí tiene una idea o representación mental* negocialmente relevante acerca de su contenido de regulación material, y cuenta con expectativas legítimas y razonables respecto a éste.

Su incorporación a nuestro ordenamiento es mérito de la labor de jurisprudencia⁴⁰ y doctrina⁴¹. Dogmáticamente, es posible situar su origen en la regla de las cláusulas sorprendentes del § 4 de la Ley de Condiciones Generales alemana de 1976⁴², en la que la mejor doctrina vio una norma destinada

PACANOWSKA, «Comentario art. 5 y 7», en BERCOVITZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, p. 142.

39. MIRANDA SERRANO, L. M., «El Control de Transparencia...», cit.; MIRANDA SERRANO, idem, *Aplazamientos de pago...*, cit.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Cláusulas predisuestas que describen el objeto principal del contrato», en <http://almacendederecho.org/clausulas-predisuestasdescriben-objeto-principal-del-contrato>.

40. STS 406/2012, de 29 de junio, (RJ 2018, 3098).

41. MIRANDA SERRANO, L.M. y PERTÍNEZ VILCHEZ, F., «Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales», *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 2003, pp. 2171-2183; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo», *RDBB*, núm. 133, 2014; GONZÁLEZ PACANOSWKA, I., «Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación 7/1998», *RCL*, núm. 960, 1998; SÁNCHEZ MARTÍN, C., «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas: su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», *Diario La Ley*, núm. 8092, 2013, 1.

42. Tras la reforma del Derecho de obligaciones alemán en el año 2002, esta regla saltó al § 305 c párr. 1º del Código civil alemán.

a proteger el consentimiento negocial del adherente, y que, pese a no contar con una formulación legal en nuestro Derecho, ha sido inferida y proclamada por doctrina y jurisprudencia al analizar el problema del juego del art. 4.2) de la Directiva –no incorporado a nuestro Derecho interno *expressis verbis*– y la viabilidad, a la vista de lo anterior, de un *control judicial de precios y calidades* al socaire del control de contenido o abusividad establecido por el TRDCU.

Sucede, en efecto, que la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores excluye expresamente en el artículo 4.2) la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas que tuvieran como contenido la definición del objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, así como los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Entiéndase bien, lo que subyace en el fondo es la cuestión acerca del carácter consentido o no, en sentido estricto, de estas cláusulas, esto es, es una cuestión de formación del consentimiento por parte del adherente. Respecto de estas cláusulas, en efecto, con independencia de que sean o no predisuestas e impuestas, con arreglo a criterios formales, es posible apreciar que se trata de cláusulas seleccionadas y consentidas por el adherente, puesto que hacen referencia al objeto principal querido y aceptado por el contratante. Es decir, se trata de contenidos negociales respecto de los que sí actúan los mecanismos de mercado, por la razón de que los adherentes típicamente los conocen y los ponderan con vistas a decidir si celebran o no un contrato y con quién lo hacen, por lo que, a diferencia de lo que sucede con los contenidos habituales de las condiciones generales y cláusulas predisuestas, sí puede afirmarse que los predisponentes tienen incentivos –ganar clientes y, en todo caso, no perderlos– para ofrecer *mejores precios y calidades*, aun cuando lo hagan a través de cláusulas predisuestas e impuestas. La diligencia mínima exigible a cualquier persona, también a un consumidor, estriba en saber qué es lo que contrata y a qué precio está dispuesto a hacerlo. En consecuencia, esas cláusulas están exentas del control de abusividad porque se presumen que han sido conocidas y aceptadas por el adherente. Es más, un control generalizado sobre el contenido de regulación material de este tipo de cláusulas es incompatible con un sistema de economía de mercado, como el que diseña la vigente Constitución española⁴³.

Sin embargo, puede ocurrir que el predisponente incluya entre el fárrago de condiciones generales (o, también, particulares, pero predisuestas e impuestas) y aprovechando su relativa opacidad (pues los adherentes suelen

43. Lo anterior no significa, naturalmente, que no sea posible *ningún tipo de control heterónomo de precios y calidades*. En determinados sectores y circunstancias es perfectamente lícito. No en vano, la propia Directiva 93/13 fue modificada en el año 2011 (mediante la introducción de un nuevo art. 8 bis) a fin de admitir expresamente esa posibilidad, tras la conocida STJUE de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 162)), asunto C484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios [Ausbanc]), a propósito de la cuestión prejudicial planteada por el TS español en el caso de las cláusulas de redondeo *al alza* que solían incluir los contratos de crédito y préstamo bancario.

desconocerlas, sin que ello pueda considerarse una conducta negligente), cláusulas que, sustraídas al conocimiento de aquéllos, de alguna forma limitan o modifican de manera subrepticia aspectos de la regulación material del contrato respecto de los que los adherentes se han forjado una idea o representación mental de una manera legítima y razonable y que ha sido determinante a la hora de adoptar la decisión de contratar.

Cuáles sean esos aspectos es asunto que puede variar en función de las circunstancias que concurran en cada caso. Por ejemplo, si la publicidad del predisponente o el vendedor aseguró al comprador durante la fase de negociación contractual que el producto cuenta con una garantía ilimitada de siete años, este último se habrá podido forjar expectativas legítimas y razonables con relación a ese aspecto del producto adquirido. Si más tarde el clausulado predispuesto, a espaldas del cliente y sin su conocimiento, limita la garantía a dos años o tan solo a ciertos supuestos de falta de conformidad del producto, podremos afirmar que la cláusula que sea contradice de manera ilícita las expectativas legítimas y razonables del cliente respecto a un aspecto concreto de la reglamentación negocial.

Lo más frecuente es, sin embargo, que esa situación se produzca con referencia al contenido y objeto esencial del contrato, siempre en perjuicio del adherente. Un buen ejemplo, ampliamente conocido, es el de las llamadas *cláusulas suelo* en los contratos de préstamo bancario de dinero a interés variable⁴⁴.

Dado que las condiciones generales no son (ni tienen porqué ser) leídas y conocidas por el adherente, ya que solo se exige la posibilidad de conocimiento, el contratante puede ver, con sorpresa, cómo se frustran sus legítimas y razonables expectativas a la vista del tipo de contrato de que se trate, del modo en que es regulado por la legislación (para el caso, lógicamente, de que sea un contrato típico y cuente con regulación legal), de la práctica usual, de la publicidad emitida por el predisponente y, en suma, del contexto global en que se ha desarrollado la operación negocial entre las partes.

Estas cláusulas deben entenderse perjudiciales cuando, pese a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, que en este caso se concreta en la defraudación ilícita de lo que *el adherente puede legítima y razonablemente esperar a la vista de las circunstancias*

44. En la generalidad de los casos, al cliente se le informaba de que el tipo de interés se determinaría mediante la adición de un determinado diferencial (el 0,75%, el 1%, el 2%...) al tipo de referencia (el *euríbor*, el *IRPH*...), pero las condiciones generales solían incluir, *camufladas* entre las decenas de cláusulas, una de limitación de la variación del tipo de interés que regulaba el precio (el tipo de interés en ningún caso sería inferior al suelo establecido: el 2%, el 3,5%, el 4%...) a espaldas del cliente (que podía contar legítima y razonablemente con que el tipo de interés aplicable en cada periodo sería exclusivamente el resultado de la adición del diferencial pactado al tipo de referencia vigente en cada momento).

del caso: se trata, en suma, de las llamadas *cláusulas sorprendentes*⁴⁵. Así pues, la validez de estas cláusulas se condiciona a un especial control formal, llamado de transparencia material (en contraposición con el control de incorporación o de transparencia formal), por mor del cual, el predisponente soporta la carga de cerciorarse de que el adherente conoce de manera efectiva –aquí no basta con una mera *posibilidad de conocimiento*– la existencia y trascendencia de la cláusula de que se trata.

Estamos ante un control de legalidad que conlleva la exigencia de que la cláusula predispuesta «refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta», esto es, que el consumidor «conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que... resulten a su cargo». Este control tiene como fundamento el cumplimiento por el predisponente de un especial deber de facilitar al adherente la *comprensibilidad real*⁴⁶ en el curso de la operación comercial. El control de transparencia no tiene por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado⁴⁷, ni el plano interpretativo del mismo, sino la protección del consentimiento negocial prestado por el adherente, mediante la afirmación de este deber de transparencia material en la propia reglamentación predispuesta.

El control de transparencia tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica (STJUE de 30 de abril de 2014, [TJCE 2014, 105])). Por carga económica del contrato se entiende la «onerosidad o sacrificio patrimonial realizados a cambio de la prestación económica que se quiere obtener» (STS de 9 de mayo de 2013, [RJ 2013, 3088]). En cambio, la carga jurídica del contrato es la «definición clara de (la) posición jurídica (del adherente) 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» (STS de 9 de mayo de 2013, [RJ 2013, 3088])⁴⁸.

45. PAGADOR LÓPEZ, J., «Los contratos de consumo», cit., pp. 130 ss.; MIRANDA SERRANO, L. M., «El Control de Transparencia...», cit.

46. Esta es la terminología que se ha consagrado en nuestra jurisprudencia, aunque no nos parece la más adecuada. *Comprensibilidad real* no es sinónimo de *conocimiento efectivo*, que es lo que resulta exigido. *Comprensibilidad* no deja de ser *posibilidad de comprender*, y de lo que se trata es de que el adherente conozca y comprenda de manera cierta y efectiva, no como mera posibilidad, la existencia, contenido y trascendencia de la cláusulas o cláusulas en cuestión; y es el predisponente el que ha de asegurarse –soporta esa carga– de que le adherente cuenta con ese conocimiento.

47. No obstante, no cabe descartar que, a la vista de las circunstancias, pudiese considerarse el consentimiento mismo viciado por error o dolo: vid., al respecto, PAGADOR LÓPEZ, J., «Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación», *RLL*, 1999, n° 2, *passim*.

48. Conviene destacar que lo relevante no es el concreto contenido de regulación material de la cláusula de que se trate, que en ocasiones ni siquiera será fiscalizable (por ejemplo, cuando se trate de precios), sino su adecuación a las expectativas legítimas

El denominado control de transparencia no puede reducirse a su reflejo meramente formal o gramatical, es decir, los tribunales no pueden contentarse con que las cláusulas se redacten de modo claro y comprensible en los términos que prevé el art. 5 de la Directiva 93/13/CEE, de modo que *puedan ser conocidas* por el adherente. Este dato parece que no es debidamente ponderado por parte del TS, en cuya STS 56/2020 (RJ 2020, 145) descarta la falta de transparencia de la cláusula de afianzamiento por el mero hecho de que «los términos de la fianza son claros, pues no contiene una exposición farragosa e innecesariamente extensa u oscura; se encabeza con un epígrafe breve e inequívoco («Afianzamiento») que aparece destacado en mayúsculas y negrita; y su contenido no se limita a referirse a la renuncia de los reiterados beneficios de excusión, orden y división, sino que incorpora una explicación breve y clara sobre sus consecuencias jurídicas y económicas al afirmar que «[...] afianzan, con carácter solidario, de suerte que la Caja pueda dirigirse indistintamente contra el acreditado, contra todos los fiadores o contra uno solo de ellos».

A nuestro parecer, hay que lamentar que el Alto Tribunal olvide que la validez de las cláusulas insertas en condiciones generales no se reduce a su mera redacción clara y comprensible. Por el contrario, su eficacia se hace depender de la superación de los distintos test (transparencia formal, material y abusividad). La claridad expositiva sólo validaría el test de transparencia formal, pero no es prueba suficiente de superación de los test de transparencia material, ni el de abusividad.

Para la apreciación de dicho desequilibrio subjetivo y la nulidad de la cláusula por intransparente, se requiere acreditar el efectivo conocimiento de la cláusula por parte del predisponente. Para ello, revisten especial importancia todas las circunstancias a las que se refiere el artículo 4.1 de la Directiva 93/13. A saber: «la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa». De tal manera que se tienen en cuenta la información precontractual, la forma de presentar la información al consumidor, antes y en el momento de la firma del contrato, las circunstancias que rodean a la contratación del producto, etc. El Juez, al realizar el juicio abstracto de abusividad, ha de determinar si en esas circunstancias el consumidor tuvo conocimiento efectivo de las consecuencias económicas y jurídicas que se derivaban para él de la cláusula⁴⁹.

y razonables que en función de las circunstancias se haya forjado el adherente, o, si se prefiere, la cuestión es si el clausulado predisponente respeta –como debe– lo que el adherente *puede esperar razonablemente* tras la celebración del contrato. El objetivo es, pues, proteger el consentimiento contractual del adherente ante el clausulado predisponente.

49. Vid. MIRANDA SERRANO, L. M., «El Control de Transparencia...», cit.; CASADO NAVARRO, A., «El control de transparencia como “llave” del control de contenido de las cláusulas contractuales predisponentes», *La Ley mercantil*, núm. 11, 2015, 50-62.

4. EL SOMETIMIENTO DE LA RENUNCIA A LOS BENEFICIOS DE ORDEN, EXCUSIÓN Y DIVISIÓN A LOS CONTROLES DE VALIDEZ

4.1. La fianza: ¿cláusula del contrato que garantiza o contrato autónomo? Una cuestión resuelta

Antes de proceder al estudio de la validez de la renuncia a los beneficios de excusión u orden y división o de imposición de la solidaridad, tenemos que abordar una cuestión previa, acerca de si la fianza se debe enjuiciar como una cláusula más del contrato principal respecto del que cumple una función de garantía, o si sus cláusulas han de enjuiciarse de forma independiente, esto es, en cuanto contrato en sí, formalmente distinto de aquel en función del cual se celebra.

La STS 56/2020 (RJ 2020, 145) da una respuesta tajante a esta cuestión al afirmar que el contrato de fianza en su totalidad no puede ser entendido como una «mera cláusula, estipulación o condición general del contrato del préstamo o crédito hipotecario, incluso si se ha documentado conjuntamente en un mismo instrumento público»⁵⁰. La autonomía del contrato de fianza prevalece frente a la accesoriedad de la misma en relación con el contrato que garantiza. Y de esa respuesta se hace depender nada menos que la solución al problema planteado⁵¹.

Ahora bien, lo anterior no puede conllevar la consideración de que la fianza no pueda ser objeto de los controles de abusividad y transparencia formal y material, y que como tal podrá ser impugnado a través de las normas generales de la nulidad de los contratos⁵², como tampoco cabrá descartar de

50. ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «¿Pueden anularse las fianzas de particulares por abusivas?», en <https://hayderecho.expansion.com/2018/04/23/pueden-anularse-las-fianzas-de-particulares-por-abusivas>.

51. Así se hace constar ya al resolver los dos motivos del recurso extraordinario de infracción procesal, en los FFDD 3º, último párrafo («la **ratio decidendi** se apoya en el hecho de constituir la fianza un contrato autónomo, bien que accesorio de otro principal [...] como contrato de garantía que es, y no una mera cláusula contractual que pueda ser reducida a la categoría de condición general de la contratación, cuya **ratio** en nada se ve afectada ni desvirtuada por el hecho de que las concretas estipulaciones de dicho contrato hayan sido objeto o no de una negociación entre las partes, pues hayan sido fruto de una negociación o de una mera adhesión por parte de los fiadores no por ello pierde la fianza su naturaleza de contrato autónomo y distinto del crédito garantizado») y 4º (donde se subraya que las sentencias de instancia «parten como premisas previas, que entienden suficientes para alcanzar su conclusión, de la naturaleza de la fianza como contrato distinto al del préstamo garantizado, sin perjuicio de su carácter accesorio por su función asegurativa” de la obligación principal, y de la inviabilidad de anular totalmente el contrato de fianza mediante el ejercicio de las acciones individuales de impugnación de condiciones generales ilícitas); y también sustenta la desestimación del primero de los motivos del recurso de casación (FD 5º, ap. 4.4, párr. 8º («En consecuencia, [...] no cabe duda de que se trata de contratos distintos, sin que pueda afirmarse, desde una perspectiva dogmática y conceptual, que la fianza es una mera cláusula o condición general del contrato de préstamo o crédito hipotecario»; la **negrita** es muestra).

52. En los antecedentes de hecho de la STS 56/2020 (RJ 2020, 145), tanto el Juzgado de lo Mercantil, como la Audiencia Provincial desestimaron la pretensión de nulidad de la

antemano que lo anterior conduzca a la invalidez e ineficacia del contrato de fianza mismo. Lo anterior es un auténtico sinsentido. El hecho de que sea un contrato autónomo, no empece a que su contenido pueda haber predispuesto e impuesto por una de las partes (tanto en condiciones generales, como particulares). Dicho con otras palabras, la autonomía conceptual y funcional de la fianza no excluye *a radice* su calificación como contrato de adhesión, como tampoco convierte a las cláusulas que configuran la fianza en cláusulas especialmente negociadas. Se trata de un falso dilema. No hay que elegir entre cláusulas de condiciones generales y contrato. Puede ser un contrato conceptual y funcionalmente distinto del de financiación, y cuyas cláusulas, todas, hayan de recibir la consideración de condiciones generales de la contratación.

Hemos de recalcar, en efecto, que las normas que nos ocupan se aplican a *cláusulas* que reúnan los caracteres expuestos, esto es, contractualidad o carácter negocial, predisposición e imposición (y generalidad, en el caso de las condiciones generales de la contratación *sensu stricto*), con independencia y al margen de que formen parte de uno solo o más de un contrato o negocios jurídicos. No es dudoso que pueden ser cláusulas predispuestas o condiciones generales, por ejemplo, las estipulaciones constitutivas de los estatutos de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal o de conferimiento de un poder representativo para la realización de gestiones diversas en nombre y por cuenta del adherente.

Que las cláusulas en cuestión den origen por sí mismas a un negocio o contrato conceptual y funcionalmente autónomo y distinto del contrato principal recogido en el mismo documento contractual carece de cualquier relevancia desde el punto de vista de la aplicabilidad de la LCGC y del TRDCU. Lo que parece preocupar al Alto Tribunal es que la eventual nulidad e ineficacia de esas cláusulas derivadas de su condición de intransparentes o abusivas arrastre al contrato mismo, en este caso de garantía. Y es que es cierto que el sometimiento de las cláusulas que nos ocupan –predispuestas e impuestas pero que por sí mismas generan un vínculo contractual distinto y autónomo– puede dar lugar a la invalidez misma de ese contrato. Pero esta no es razón para sustraer esas cláusulas al ámbito de aplicación de las normas que nos ocupan, con argumentos que en ocasiones resultan muy escasamente convincentes⁵³.

fianza, sobre la base de que la fianza es un contrato autónomo, típico, regulado en el Código civil, y no una mera cláusula contractual, de donde colegía que la acción de nulidad de la fianza no puede sustentarse a través de una acción de nulidad por abusividad de las cláusulas contractuales, pues no es parte de un contrato sino un contrato en sí, que liga al fiador con el acreedor.

53. Es más, entran en contradicción con el art. 3.2, párr. 2º, de la Directiva 93/13; según este artículo, «(e)l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión»; si, como es el caso, *ni una sola* de las cláusulas puede considerarse negociada, nada impide que el contrato, *de adhesión*, quede sometido *en su integridad* a las normas que nos ocupan.

Piénsese en que, al fin y al cabo, si estas normas pueden dar lugar a resultados indeseables o disfuncionales, lo que procede es modificarlas, pero no desaplicarlas. Y, en último término, la confección de cláusulas predispuestas contrarias al ordenamiento es solo imputable a los predisponentes, que son los que habrán de soportar sus consecuencias.

4.2. La renuncia a los derechos del fiador y el pacto de solidaridad: ¿dos caras de una misma moneda?

Aclarado lo anterior, se hace preciso discernir si merece el mismo tratamiento la celebración de un contrato de fianza en cuyo pliego de condiciones generales se ha impuesto la renuncia de los derechos de renuncia, orden y división, respecto de la contratación de una fianza en la que se haya pactado la solidaridad –si bien, de forma predispuesta e impuesta por parte de la entidad financiera–.

El primer impulso llevaría a afirmar que estamos ante situaciones que requieren un distinto tratamiento. Si la fianza se ha pactado como subsidiaria, y la renuncia a los derechos se produce por efecto de cláusulas incluidas en las condiciones generales del contrato al que garantiza, se podría entender fácilmente la abusividad de dicha renuncia, por no superar el control de incorporación (claro está, en los supuestos en los que sea de aplicación dicho control: en los contratos de consumo). En efecto, al renunciar a sus derechos, el fiador se sitúa en la misma posición que el deudor principal, pero sin que dicha renuncia le reporte al fiador algún tipo de ventaja en su posición obligacional. Tan solo beneficia al acreedor predisponente. Nuestra LGDCU, en su art. 82.4.b), desarrollado en el art. 86.7, reputa en todo caso abusivas las cláusulas limitativas de derechos del consumidor y usuario. Al mismo tiempo, si la fianza se ha configurado como solidaria, como apuntaban las SSTs 56/2020 (RJ 2020, 145) y 101/2020 (RJ 2020, 329), «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)».

Sin embargo, resulta necesario matizar el alcance de la «inutilidad» de declarar abusivos la renuncia de los derechos del fiador cuando estemos ante una fianza solidaria. Esta falta de efectos de la nulidad por abusividad sólo sería predicable, en abstracto, respecto de aquel «pacto de solidaridad» que no haya sido impuesto y predispuesto, esto es, que haya sido expresamente negociado –*rectius*, conocido y consentido– por el fiador. Metafísicamente, una cosa –en nuestro caso, la fianza– no puede ser y no ser al mismo tiempo. Es decir, o la fianza es subsidiaria, o es solidaria. Si es subsidiaria, el fiador goza de los beneficios de orden, división y excusión; y si es solidaria, el fiador

carece de tales derechos. Y la fianza *normal*⁵⁴, es decir, el modelo de regulación del contrato de fianza que proporciona el Derecho dispositivo y que sirve como término de comparación para juzgar acerca del carácter abusivo de una cláusula predispuesta e impuesta reguladora de un contrato de fianza, es una fianza subsidiaria, caracterizada por que el fiador solo entra en escena –solo responde– una vez agotado el patrimonio del deudor garantizado.

En este sentido, no podemos concluir con las últimas sentencias del TS en el sentido de que la nulidad de la renuncia «carecería de cualquier efecto útil», puesto que, si se declara abusiva la renuncia de derechos será porque el fiador goza de tales derechos. Y, si goza de tales derechos, será porque la fianza ha sido aceptada como subsidiaria (o, al menos, esa era la legítima expectativa que se había formado el fiador). Como afirma la RDGRN de 27 de junio de 2019, «en los contratos de fianza o de garantía hipotecaria de un préstamo o crédito, las cláusulas que definen o delimitan el riesgo garantizado (las del préstamo) y el propio compromiso del fiador, deben ser objeto de los controles propios de la legislación sobre consumidores». Este dato es de suma relevancia porque pone de manifiesto un hecho fundamental: tanto la renuncia a los derechos del fiador, como el pacto de solidaridad hacen referencia a las condiciones fundamentales de la constitución de la fianza, al contenido esencial del contrato de fianza, de gran relevancia para para quienes ocupan la posición jurídica de garantes⁵⁵. Pero, es más, debemos partir del carácter predispuesto e impuesto tanto de la renuncia a los beneficios dichos como de la solidaridad, puesto que, como afirma el art. 3.2.1º de la Directiva de 1993 sobre cláusulas abusivas, el consumidor-adherente no ha podido influir sobre su contenido, teniendo en cuenta que el carácter negociado de una cláusula predispuesta ha de ser demostrado por quien lo afirma, esto es, por el predisponente ya que el art. 82.2, párrafo 2º LGDCU asigna la carga de la prueba del carácter especialmente negociado de una cláusula al empresario o profesional que lo afirma⁵⁶.

Por tanto, lo único que justificaría el que un fiador aceptase la solidaridad en un contrato es que, precisamente, habiéndola conocido de manera efectiva, lo que constituye una carga que recae sobre el predisponente, la hubiera

54. Recordamos que hemos tomado este adjetivo de la doctrina civilista (*supra*, nota [14]); de modo que, hablando de *fianza*, el calificativo *subsidiaria* es un *epíteto*, como sucede con la *blanca nieve*.

55. Que esto es así fue advertido en el ap. 25 del ATJUE de 19 de noviembre de 2015, que hemos transcrito *supra* nota [4]; y se trata de una circunstancia que no ha pasado desapercibida; ese ap. 25 del ATJUE de 19 de noviembre de 2015 es reproducido en la STC 75/2017 (RTC 2017, 75), de 19 de junio (FJ 3º, párr. 5º) como en la propia STS 56/2020 (RJ 2020, 145), en la que incluso lo encontramos en dos ocasiones (FD 4º, ap. 4.4, párr. 2º y ap. 4.6, párr. 6º).

56. Los recurrentes habían reprochado a la sentencia recurrida la falta de prueba por parte del predisponente del carácter negociado de las cláusulas, a través del primero de los motivos del recurso extraordinario de infracción procesal; el TS lo desestimó por entender que la *ratio decidendi* de la sentencia radicaba, como hemos advertido, en el hecho de que la fianza es un contrato autónomo, en sí mismo, «y no una mera cláusula contractual que pueda ser reducida a la categoría de condición general de la contratación».

aceptado. Para cualquier persona, lega o no en Derecho, lo que resulta notorio es la convicción, legítima y razonablemente fundada en el modelo de regulación *ex ius dispositivum* del contrato de fianza *normal*, de que esta no acarrea la persecución del patrimonio del fiador sino después de haber pretendido hacer efectiva la deuda frente al deudor principal⁵⁷. Y eso según la jurisprudencia, es tanto como haber formado su voluntad a partir de una creencia inexacta (STS 411/2016, de 17 de junio (RJ 2016, 4057), entre otras muchas); creencia errónea que, no lo olvidemos, se proyecta sobre las condiciones fundamentales de la constitución de la fianza, por lo que el error es esencial (STS de 20 de enero de 2014 (RJ 2014, 781), rec. 879/2012)⁵⁸.

En el fondo, podemos concluir que tanto la renuncia a los derechos del fiador, como el pacto de solidaridad son dos caras de una misma moneda, son dos caminos que conducen a un mismo puerto: situar al fiador en la misma posición deudora que su fiado, con todos los matices que se quiera por razón del carácter accesorio de la fianza misma. Es más, constituyen dos cláusulas predisuestas e impuestas (y, por ende, no negociadas por el fiador, salvo que el predisponente demuestre lo contrario) que inciden en el contenido obligacional esencial del fiador. En el famoso ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (TJCE 2015, 386) (asunto C- 74/15, *Tarcău*), se señalaba que, en el contrato de fianza, el fiador se ve comprometido a «pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero», de forma que soporta «obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar» (apartado 25). La renuncia de sus derechos y el pacto de solidaridad hacen referencia a la calibración de ese riesgo financiero, es decir, a la esencia misma (causa) del contrato de fianza. Como se comprenderá fácilmente, no es lo mismo comprometerse a cumplir con la obligación de pago en caso, no sólo de incumplimiento, sino de imposibilidad de cumplimiento y satisfacción del acreedor a través del patrimonio del deudor fiado; que hacerlo *en pie de igualdad* con éste (lo que convertiría a la fianza en una

57. La propia STS 56/2020 se hace eco de esta realidad; en efecto, en el FD 5º, ap. 4.2, párrs. 3º y 4º, podemos leer lo que sigue: «(d)e esta configuración surgen las dos notas que caracterizan principalmente la fianza: la accesoriedad y la subsidiariedad [...]. Dentro de ese esquema la subsidiariedad mencionada es elemento típico de la fianza, en el sentido de que el fiador, en principio, solo debe cumplir su obligación en caso de que el deudor incumpla la suya. [...] Pero siendo de esencia en la fianza dicha subsidiariedad (como resulta con claridad del propio art. 1820 CC, pues el fiador se obliga “a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este”), de forma que el incumplimiento del deudor es presupuesto necesario para el ejercicio del derecho de reclamación del acreedor frente al fiador (...)» (la negrita es nuestra).

58. La STS de 17 de julio de 2019 (*supra* nota [46]) sostuvo que el error acerca del carácter solidario de la responsabilidad del fiador o, si se prefiere, acerca del alcance de la renuncia a los beneficios de excusión y división era *inexcusable* en el caso concreto por afectar a una *abogada en ejercicio*; no parece irrazonable admitir que no concurriendo esa circunstancia u otra análoga (como la de ser procurador, magistrado o profesional del Derecho en general) el error sí será excusable. Pero incluso su excusabilidad puede fundarse en que la cláusula o cláusulas aparezcan incluidas en el extenso documento contractual sin que el predisponente las haya dado a conocer al fiador de una manera efectiva.

promesa de pago, esto es, una mera garantía a primer requerimiento que no se corresponde con la configuración legal de esta figura).

4.3. ¿Control de abusividad o falta de transparencia?

Como ya hemos apuntado al comienzo de nuestro trabajo, la jurisprudencia (tanto menor, como mayor) ha tenido ocasión de tomar postura acerca de la validez de la renuncia a los beneficios de orden, excusión y división, o de la imposición del carácter solidario de la fianza, sin que sea posible apreciar una posición clara ni precisa acerca de qué tipo de control resulta aplicable, ni de los efectos que conlleva la declaración de su nulidad. Así, nos encontramos con sentencias que, por una parte, aplican el control abusividad, y consideran abusivas las cláusulas limitativas de derechos del consumidor y usuario y anulan la renuncia (*ex* 86.7 LGDCU); o bien, por otro lado, también nos encontramos con la aplicación del control de transparencia material y anulan la cláusula que establece la renuncia a los beneficios de orden, excusión y división por el fiador cuando la entidad financiera no había probado el cumplimiento de su obligación de información previa y no daba explicación alguna sobre la significación jurídica y económica que ello comportaba⁵⁹.

La mayoría de la jurisprudencia menor ha declarado válida esta cláusula⁶⁰. También parte de la doctrina se ha posicionado a favor de su validez, en tanto que no puede predicarse que sean abusivas ni la renuncia a los derechos ni la solidaridad⁶¹. Gran parte de la doctrina y de nuestra jurisprudencia, así como de las dos SSTs parten de una premisa que no podemos compartir. Y es que el juicio de validez de este tipo de cláusulas viene condicionado, con frecuencia, por el hecho de tratarse de una operación habitual y generalizada en el tráfico jurídico, que cuenta con una larga tradición en nuestro Ordenamiento Jurídico, así como por el hecho de estar recogida en el Código Civil, que tanto contempla la fianza *solidaria* como la *renuncia* a los beneficios con que cuenta el fiador en la fianza *subsidiaria* o *normal*⁶². Llegan a la conclusión, por tanto, de que las obligaciones de la fianza, inclusive en caso de solidaridad, son

59. A modo de ejemplo, SAP Valencia, 340/2015, de 10 de noviembre (JUR 2016, 134854); SAP Álava, 290/2017, de 12 junio (AC 2017, 495); SAP Cáceres, 526/2019, de 26 de septiembre (JUR 2019, 294996).

60. Entre otras, SAP Barcelona, 360/2014 de 6 nov. (JUR 2015, 43530); SAP Madrid, 904/2019, de 12 de septiembre (JUR 2019, 291812).

61. MARTÍN FABA, J. M. «La cláusula de afianzamiento también es objeto del control de transparencia cualificado», *Cesco*, 20 de septiembre de 2016, www.uclm.es/centro/cesco.

62. Es elocuente, en este sentido, el FD 6º, ap. 4, párrs. 8º, 9º y 10º de la STS 56/2020 (RJ 2020, 145); en particular, en este último podemos leer –y se reproduce en la STS 101/2020 (RJ 2020, 329)– que «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)»; pero si la afirmación del carácter dispositivo de la mayor parte de las normas del CC sustenta su dispensa del control de abusividad, volvemos al principio, y *para este viaje no hacían falta alforjas*.

notoriamente conocidas por el público en general⁶³. Este carácter notorio lleva a ese sector doctrinal a negar la posibilidad de que la renuncia o el pacto de solidaridad sean considerados como *no transparentes*. A su juicio, los términos de la renuncia a los derechos de excusión u orden y división, así como el término fianza solidaria son tan claros e inequívocos que resulta indiferente dónde están insertos (si en el pliego principal o en el pliego de condiciones generales) o, incluso, el hecho mismo de que se haya explicado o no lo que supone la pérdida de esos derechos o el carácter solidario de la fianza (dicho con otras palabras, para esta línea resulta irrelevante el cumplimiento o no de la normativa bancaria de transparencia). A su vez, la tolerancia con respecto a estas cláusulas viene justificada, para este sector, por la admisión en nuestro CC de la fianza solidaria, por lo que no puede hablarse de que la renuncia a los derechos o el pacto de solidaridad sean contrarios a la ley, a la moral o al orden público, ni resultan, por esencia, incompatibles con la buena fe contractual exigida por la legislación a las partes que celebran un contrato⁶⁴. Tanto la fianza como su solidaridad son figuras jurídicas habituales y conocidas perfectamente por los ciudadanos medios, no existiendo complejidad alguna, por lo que ninguna información especial es necesaria, salvo, eso sí, que todo ello quede claro en el contrato y que el fiador pueda conocer su posición jurídica⁶⁵. Además, como hemos comprobado, sin perjuicio de la subsidiariedad que cabe predicar de toda fianza, aun de la solidaria (en virtud de la cual el fiador se obliga a pagar en caso de no hacerlo el deudor principal), la renuncia a los derechos de excusión y división es redundante –y, por lo tanto, inocua– cuando el afianzamiento es solidario⁶⁶. Con estas premisas, las SSTs objeto de estudio (56 y 101/2020) abogan por la validez por falta de abusividad y de intransparencia tanto de la renuncia a los beneficios de orden, excusión y división, como del pacto de solidaridad.

Sin embargo, no podemos compartir las anteriores premisas de las que parten la doctrina y la jurisprudencia analizadas, como tampoco las conclusiones a las que llegan. Máxime cuando la propia STS 56/2020 (RJ 2020, 145) reconoce que es notorio que las entidades financieras imponen las condiciones de la fianza, poniendo de relieve bien a las claras que se trata de cláusulas predispuestas e impuestas, que, en lo que ahora nos afecta, rara

63. Como hemos advertido, destaca la STS núm. 377/2019 de 1 julio (RJ 2019, 3132), en la que la fiadora era una abogada en ejercicio que planteaba el posible error vicio en el consentimiento prestado respecto de la aceptación de una cláusula de afianzamiento en un préstamo hipotecario, con renuncia a los beneficios de orden, división y excusión. El Alto Tribunal considera que las cláusulas que analiza en dicha resolución, aunque «extensas y algo reiterativas», resultan «claras y comprensibles, sin mayores dificultades para la fiadora, una abogada en ejercicio que, por razón de su profesión, debía conocer el instituto de la fianza y los efectos de la renuncia a los beneficios concedidos por el Código Civil al fiador, máxime cuando estas cláusulas suelen ser habituales en las garantías personales que se exigen para la concesión de los préstamos».

64. SAP Madrid, Sec. 10.ª, 148/2019, de 13 de marzo (JUR 2019, 134293), recurso 960/2018.

65. AAP Girona, Sec. 1.ª, 87/2018, de 25 de abril (JUR 2018, 128902), recurso 177/2018.

66. SAP A Coruña, Sec. 4.ª, 309/2017, de 28 de septiembre (JUR 2017, 254010), Recurso 338/2017.

vez llegan a ser conocidas efectivamente por los adherentes⁶⁷, los cuales, como es natural mucho menos podrán negociar o modificar el contenido obligacional resultante del contrato. Lo cual, todo sea dicho, no empece a la validez de las cláusulas impuestas, pero sí impone su sometimiento a los diversos controles legalmente previstos. En este sentido, como afirma la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de junio de 2019, «en los contratos de fianza o de garantía hipotecaria de un préstamo o crédito, las cláusulas que definen o delimitan el riesgo garantizado (las del préstamo) y el propio compromiso del fiador, deben ser objeto de los controles propios de la legislación sobre consumidores». No cabe la menor duda de que tanto la solidaridad, como la renuncia a los derechos de orden, división y excusión son cláusulas impuestas por la entidad financiera; ni tampoco debe ofrecer ninguna resistencia admitir que esta imposición constituye un claro abuso de posición dominante y una flagrante infracción de las reglas de la buena fe contractual⁶⁸. Estas cláusulas definen el «compromiso del fiador», delimita el riesgo financiero que debe asumir. Por ende, su validez se hará depender de «los controles propios de la legislación sobre consumidores» (así, como del control de transparencia formal, en caso de que el fiador sea un profesional).

El hecho de que una cláusula predispuesta e impuesta haga referencia a una institución antigua, admitida legalmente y se haya redactado de forma clara, no la convierte en lícita, salvo que el legislador introduzca un nuevo control de validez de las cláusulas de los contratos de adhesión en esos términos. Con este argumento no se podría declarar la abusividad de prácticamente ninguna cláusula, ya que rara vez recogen pactos no permitidos por el Derecho dispositivo. Parece olvidar que la regulación especial de las condiciones generales y particulares impuestas está construida sobre la base de que éstas no tienen por qué ser leídas, ni conocidas por el consumidor (ni por el adherente) y de que se trata de pactos que no están prohibidos *tout court* por el Derecho dispositivo. Es más, la comprensibilidad es un criterio que sólo es predicable con respecto a la transparencia formal, no sucede lo mismo con respecto a la abusividad y a la transparencia material. Por el contrario, la eficacia de la renuncia a los derechos del fiador o el pacto de solidaridad, a día de hoy, está condicionada a la superación del control de transparencia formal (que se habrá cumplido en la práctica totalidad de los casos, al tratarse casi siempre de fianzas vinculadas a operaciones de préstamo bancario), y, si el fiador es un consumidor, además, a la superación del control de transparencia material y del control de abusividad, en función de las circunstancias concretamente concurrentes en cada caso.

67. Quien comparece como fiador en un contrato de financiación bancaria, a iniciativa de la entidad de crédito, a fin de posibilitar la concesión de financiación generalmente a un familiar o persona allegada, cuenta con que su responsabilidad entrará en juego —es decir, se le podrá exigir el pago— tan solo cuando la persona garantizada no pueda afrontar el pago por no contar ya con patrimonio suficiente; y esa visión no se fundamenta en *charlas de café* sino en el modelo de regulación del contrato de fianza recogido en el Código civil.

68. STS 168/2020, de 11 de marzo (RJ 2020, 944).

Aclarado lo anterior, se hace necesario dilucidar cuál de ellos es aplicable en el caso que nos ocupa: ¿el control de abusividad?; ¿el de transparencia material?; ¿los dos? La respuesta a esta disyuntiva dependerá de si se entiende que los derechos de excusión u orden y división constituyen o no los elementos esenciales de la fianza, o si, por el contrario, son meros derechos accesorios a la misma, o si, a la vista de las circunstancias, el adherente podía contar con que su obligación de garantía quedase configurada con exclusión de esos beneficios, o sea, *como si fuera el deudor garantizado mismo*. Si son elementos esenciales, habría que aplicar el control de transparencia material⁶⁹; en cambio, si se aboga por la accesoriedad de dicha cláusula, habrá que aplicar el control de abusividad⁷⁰; pero incluso, en este segundo caso, si el adherente se ha forjado expectativas legítimas y razonables respecto a su posición jurídica de garante, *además* del control de contenido o abusividad, podrá activarse el control de transparencia.

Ciertamente estamos ante una de las controversias más arduas: saber si una cláusula no negociada individualmente afecta o no de forma definitiva, el objeto esencial del contrato. Al respecto, el Prof. PANTALEÓN⁷¹ responde sobre la base de dos sentencias: la STJUE de 20 de septiembre de 2017, en el asunto C 186/16, *Andriuciu*, en el apartado 57 (TJCE 2017, 171), y la STS 661/2019, de 12 de diciembre (RJ 2019, 5196). Según la primera de ellas, para considerar que una cláusula afecta al objeto esencial del contrato, «el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de una manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual»; en función de la segunda de las sentencias utilizadas por el Prof. PANTALEÓN, las cláusulas que afectan al objeto esencial son aquellas que «desnaturalizan el contrato por entrar en contradicción con el contenido prestacional usual de contratos del mismo tipo; lo que, en defecto de transparencia material, las hace sorprendentes para el consumidor».

A lo largo del presente trabajo se ha puesto de manifiesto la esencialidad de la renuncia de los derechos y de la solidaridad de la fianza⁷². La configuración normal que viene contemplada en nuestro Código civil es la de una fianza subsidiaria y accesorio, que goza de los beneficios de orden, excusión y división. La fianza solidaria viene recogida, sí, pero como una excepción a la regla general, que requiere pacto expreso. Podríamos recordar a nuestro insigne FEDERICO DE CASTRO cuando aludía a la parcial inderogabilidad de las normas de derecho dispositivo como límite a los abusos de los empresarios

69. AGÜERO ORTIZ, A. «La protección de los Fiaidores-Consumidores de préstamos mercantiles». Madrid, *SEPÍN Mercantil*, marzo 2018.

70. El Auto de San Sebastián concluye que la renuncia es abusiva porque implica una garantía desproporcionada (art. 88.1 LCU) y porque supone una renuncia a los derechos contraria al art 86.7 LGDCU.

71. PANTALEÓN, F., «8 preguntas y respuestas sobre la transparencia material de las cláusulas predispuestas», <https://almacenederecho.org/8-preguntas-y-respuestas-sobre-la-transparencia-material-de-las-clausulas-predispuestas/>.

72. Recordamos, una vez más, el ap. 25 del ATJUE de 19 de noviembre de 2015.

en la contratación en masa, y de la que *trae causa* el control de contenido o abusividad en su configuración actual. Esas normas se nutren de una razón de justicia objetiva y no pueden ser derogadas o sustituidas caprichosamente, sin más, salvo que concurra una razón que lo justifique. A nuestro juicio, concurren razones que justifican el sometimiento de las cláusulas predispuestas e impuestas que obran ese efecto, al menos en cuanto la parte adherente actúe en condición consumidora, al doble control de transparencia material y de contenido o abusividad.

Por lo que respecta al primero, en el caso que nos ocupa, el desplazamiento de los derechos propios del fiador y la conversión de la fianza en solidaridad, incide típicamente sobre la expectativas legítimas y razonables del fiador, quien, a la vista del modelo legal de regulación del contrato de fianza, podrá contar en que solo responderá cuando no pueda hacerlo el deudor principal afianzado. Además, esa es la prestación principal que resulta del contrato, la obligación del fiador de hacer frente al pago de la deuda garantizada en caso de no hacerlo el deudor fiado. Por esa razón, a nuestro juicio, la cláusula correspondiente –la de establecimiento del carácter solidario de la fianza, o la de renuncia a los beneficios de excusión y división– solo será válida en tanto sea conocida y aceptada por el fiador, esto es, en tanto en cuanto supere el control de transparencia material. Y corresponde al predisponente cerciorarse de que se produce ese conocimiento efectivo.

Parece olvidar nuestro intérprete que los términos *solidaridad*, *excusión*, *división* y *orden* no dejan de ser términos jurídicos que, aunque, sencillos de comprender, requieren de un mínimo conocimiento técnico del que típicamente carecen los consumidores medios. Para éstos, la solidaridad tiene que ver con una actitud de servicio y de compasión respecto del prójimo (propio, pues, de quien fía en lugar de otro). De hecho, el DRAE la define como la adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros. Sin formación jurídica previa, raro será el consumidor que comprenda que la solidaridad en la fianza conlleva ocupar la misma posición que el deudor, y que el acreedor pueda dirigir su acción directamente contra su patrimonio y exigir la totalidad de la deuda. Las legítimas expectativas de cualquier fiador medio estriban en la convicción de que la fianza no acarrea la persecución de su patrimonio sino después de haber pretendido, infructuosamente, hacer efectiva la deuda frente al deudor principal, el inmueble hipotecado, y la totalidad de su patrimonio⁷³. No es irrazonable suponer que un fiador difícilmente aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, salvo que concurren razones que lo justifiquen, como, por ejemplo, que la financiación tenga condiciones mejores para su fiado (por ejemplo, un tipo de interés más beneficioso, por el hecho de tener una mayor garantía). Es más, esta cláusula desnaturaliza el contrato por entrar en contradicción con el contenido prestacional usual de contratos del mismo tipo (en palabras de la STS 661/2019, de 12 de diciembre (RJ 2019, 5196)).

73. SAP Álava, Sección 1.ª, 290/2017, de 12 de junio (AC 2017, 495) (rec. 196/2017).

Obviamente, todo lo anterior decae cuando el fiador haya aceptado de manera clara e inequívoca ser fiador solidario, siendo consciente de los riesgos jurídicos y económicos que conlleva la asunción de esta posición obligacional (*volenti non fit iniuria*). El problema reside, entonces, en determinar cuándo existe esa voluntad de constituirse en fiador *solidario*, cuál es la carga de información que soporta el predisponente y, finalmente, cuál es el grado de diligencia exigible al fiador.

En definitiva, para juzgar acerca de la existencia o no de desequilibrio subjetivo y la nulidad de la renuncia/solidaridad por intransparente, es preciso que el predisponente acredite que el fiador adherente tuvo efectivo conocimiento de la cláusula y la aceptó. Para ello, sobre la base del ar. 4.1 de la Directiva 93/13, será de utilidad tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, incluyendo, pues, la información precontractual facilitada, la forma de presentar esa información al consumidor, antes y en el momento de la firma del contrato, las circunstancias que rodean a la contratación del producto, etc.⁷⁴.

Al respecto, resulta de gran interés la argumentación jurídica de la STS 168/2020, de 11 de marzo (RJ 2020, 944), que versa sobre la validez de la cláusula suelo en un contrato entre una entidad financiera y un taxista, para la financiación de la adquisición de una licencia municipal de auto-taxi. Como es por todos sabido, las condiciones generales de este contrato sólo se someten a un único test: el de incorporación o transparencia formal. Pues bien, sucede que el TS entiende que «la cláusula no supera el control de incorporación porque los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer su inclusión en el contrato y, por tanto, su mera existencia. Lo que no supone hacer un control de transparencia, sino un control de incorporación, que es pertinente respecto de cualquier adherente, sea consumidor o profesional»; es más, «la cláusula no supera el control de incorporación porque el banco incumplió los deberes de información que le imponía la Orden EHA2899/2011, de 28 de octubre». *Mutatis mutandis* podemos trasladar a la fianza ese mismo razonamiento. El incumplimiento de la normativa bancaria de información previa debió considerarse indicio de la falta de conocimiento efectivo de la renuncia de los derechos o del pacto de solidaridad⁷⁵.

De cualquier modo, no quedó acreditado que el predisponente hubiese llevado a cabo las actuaciones necesarias para que el fiador adherente conociese de manera efectiva su posición jurídica de responsable prácticamente *en pie de igualdad* con el deudor garantizado, por lo que las cláusulas de establecimiento del carácter solidario de la fianza o de exclusión o renuncia de los beneficios de excusión u orden y división debió considerarse intransparente.

74. MIRANDA SERRANO, L.M., «El Control de Transparencia...», cit.

75. Vid. MIRANDA SERRANO, L. M., «El Control de Transparencia...», cit. Hay que advertir, sin embargo, que en el momento en que tuvieron lugar los hechos de los que trae causa la STS 56/2020 (RJ 2020, 145) las normas de transparencia bancaria no establecían obligaciones del banco respecto a fiadores, como ha notado esta resolución (FD 6º, ap. 4, párr. 6º).

No podemos compartir las consideraciones que en este sentido realiza la STS 56/2020, y que parecen conformarse, en este sentido, con el cumplimiento de los requisitos de transparencia formal⁷⁶.

En cuanto al control de contenido, tras haber sostenido que la cláusula de afianzamiento constituye un contrato autónomo y no una *mera cláusula* calificable como condición general de la contratación, el Alto Tribunal no duda, como no podía ser de otro modo, estando ante un adherente consumidor, en someterla a control de contenido o abusividad. Y lo hace dos veces, a propósito del examen de cada uno de los dos motivos del recurso de casación (FFDD 5º y 6º).

En primer lugar, analiza si concurre la cláusula prohibida por el art. 88.1 TRDCU, o sea, *la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido*. Y sostiene que cuando la *garantía* fiscalizada es un contrato en sí misma, como sucede en el caso, es necesaria una *interpretación extensiva* del art. 88.1 TRDCU para poder someterla a los controles de contenido y transparencia material.

Pero el Alto Tribunal es sabedor de que esa interpretación extensiva puede tener como consecuencia la declaración de nulidad del contrato mismo, por lo que añade –con fundamento jurídico que no conocemos– que es necesario «tanto por razones de legalidad como de seguridad jurídica» que «para quedar afectado por la grave ineficacia de la nulidad del contrato en que se haya constituido (...) pueda apreciarse con claridad la desproporción entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor» (FD 6º, ap. 4.6, párr. 11º). Se trata de una interpretación que se desvía claramente, a nuestro parecer, de la Directiva 93/13, que no exige en modo alguno esa *claridad en la desproporción*. A continuación, el Alto Tribunal enuncia un conjunto de razones que justifican desde el punto de vista económico la configuración del afianzamiento como solidario⁷⁷. Sin embargo, lo que su lectura revela es que la *desproporción* en la configuración negocial de la posición de los fiadores –a los que se priva de los beneficios de excusión u orden y división– se justifica porque el caso no era representativo de

76. Se afirma, en efecto (FD 6º, ap. 4, párrs. 4º y 5º) que «(e)n el presente caso, se observa que la redacción de los términos de la fianza son claros, pues no contiene una exposición farragosa e innecesariamente extensa u oscura; se encabeza con un epígrafe breve e inequívoco (“Afianzamiento”) que aparece destacado en mayúsculas y negrita; y su contenido no se limita a referirse a la renuncia de los reiterados beneficios de excusión, orden y división, sino que incorpora una explicación breve y clara sobre sus consecuencias jurídicas y económicas al afirmar que “[...] afianzan, con carácter solidario, de suerte que la Caja pueda dirigirse indistintamente contra el acreditado, contra todos los fiadores o contra uno solo de ellos, [...]”. Por tanto el alcance del compromiso obligacional del fiador, en cuanto a su contenido esencial de garantía, sobre el que se ha de proyectar específicamente la atención del fiador, está delimitado de forma concreta, sin que su conocimiento y posibilidad de comprensión quede dificultada por la extensión, oscuridad o farragosidad de su contenido, como puede suceder en el caso de otros contratos más complejos» (la *negrita* es nuestra); como se ve, el Alto Tribunal parece conformarse con una mera posibilidad de conocimiento, que es lo que persiguen garantizar los requisitos de inclusión o incorporación o control de transparencia formal.

77. Vid. FD 5º, ap. 4.6, párrafos 12º y 13º.

lo que hoy llamaríamos –con expresión tomada de diversas normas recientes– *crédito responsable*. O sea, que para *compensar* una operación de crédito *dudosa*, económicamente irracional ([...] «la hipoteca constituida no cubría la totalidad de las responsabilidades derivadas del crédito por todos los conceptos, tanto por la limitación derivada del art. 114 LH, como por las impuestas por la legislación del mercado hipotecario secundario (vid. art. quinto de la Ley 2/1981, de 25 de marzo (RCL 1981, 900), de regulación del mercado hipotecario), ni hay datos que permitan concluir que, atendida la solvencia personal de los deudores, o la alta improbabilidad de insuficiencia del valor de la finca hipotecada para cubrir la deuda») se acude a una fianza abusiva.

Eso es corregir un error con horror. A nuestro juicio, el argumento no se sostiene. Para determinar si la cláusula ha de considerarse abusiva, lo que ha de hacerse es cotejar su contenido material de regulación con el modelo proporcionado por el Derecho dispositivo, y comprobar si, en caso de existir una desviación, la misma puede considerarse justificada. No parece que la concesión irresponsable de crédito pueda recibir tal consideración. A nuestro juicio, la cláusula misma debía haber sido declarada abusiva. De sus consecuencias hablaremos más tarde.

En segundo lugar, encontramos el control de abusividad en el FD 6º, al hilo del estudio del segundo de los motivos del recurso de casación, esta vez desde el punto de vista del art. 86.7 TRDCU, que proscribe las cláusulas que supongan *imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario*. Y tras subrayar la dificultad derivada de que tanto la fianza solidaria como la renuncia o exclusión de los beneficios de excusión y división se encuentran expresamente previstas por el Código civil, concluye que, además, en los casos de fianza gratuita –el fiador no resulta retribuido– «el criterio (que exonera junto con la buena fe de la abusividad) del “justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes” resulta de difícil aplicación». Yerra el Alto Tribunal si identifica el control de contenido o abusividad con el control del equilibrio económico entre precio y prestación. Aquel equilibrio se refiere a derechos y obligaciones *de contenido jurídico*. Y, como acabamos de indicar, el *modelo equilibrado* lo proporciona el Derecho dispositivo, según el cual, la responsabilidad del fiador entra en juego ante el incumplimiento del deudor garantizado y una vez agotado su patrimonio. Si mediante cláusulas predisuestas e impuestas se introduce una modificación en ese modelo de regulación que agrava la posición jurídica del fiador, y ese agravamiento carece de justificación, más allá de la mera conveniencia del predisponente, la cláusula que lo haga habrá de reputarse abusiva y nula, sin más. Y esa era la solución jurídica correcta, según creemos, a este caso.

4.4. Consecuencias de la falta de validez: nulidad parcial o nulidad total

Queda, en último lugar, abordar el importante asunto de los efectos que sobre la fianza determinaría la posible declaración de nulidad –ya por

su carácter abusivo, ya por intransparente— del pacto de solidaridad, o de la renuncia a los derechos de excusión y división. La disyuntiva estriba ahora entre la nulidad total del contrato mismo de fianza, o la nulidad parcial, limitada al establecimiento de solidaridad o a la renuncia de los derechos de excusión u orden y división. Contamos ya con pronunciamientos jurisprudenciales *para todos los gustos y sabores*. Así, algunos han entendido que dicha nulidad e ineficacia no afecta a la subsistencia del afianzamiento, de modo que tan solo sería inválida la renuncia a dichos beneficios⁷⁸, aunque no faltan los que declaran que esa nulidad implica la de la cláusula de afianzamiento misma⁷⁹.

Para poder dar oportuna respuesta, debemos partir de las siguientes premisas:

En primer lugar, como es comúnmente conocido, la consecuencia de la no superación por parte de una cláusula de los distintos test radica en su nulidad absoluta, tal y como afirma el art. 83 del Texto Refundido (que lleva por rúbrica nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato): «las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas». No es posible la *nulidad parcial* de una cláusula, como tampoco la *reducción conservadora de la validez*, a diferencia de lo que sucede con carácter general con las cláusulas genuinamente negociadas. Como afirma la STJUE de 26 de marzo de 2019 (TJCE 2019, 59) asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, *Abanca*, cabe la posibilidad de que, en caso de declaración de la nulidad de la estipulación o estipulaciones impugnadas, eventualmente llegue a producirse y declararse también la nulidad de todo el contrato. Así ocurrirá en los casos en que aquella nulidad parcial derive en la inviabilidad de la subsistencia del propio contrato de fianza en su totalidad en los términos previstos en el art. 10.1 LCGC.

En segundo lugar, en materia de Condiciones Generales se parte de un concepto de cláusula en sentido material, es decir, reciben tal consideración cada una de las reglas de conducta que conforman la posición jurídica que, en virtud del contrato, ocupan los contratantes y de las que derivan, por tanto, los efectos del mismo, con independencia de que material o formalmente aparezcan recogidas en un solo apartado o en varios, o incluso que aparezcan en el pliego de condiciones generales o en el de condiciones particulares. Por esa razón, a la hora de enjuiciar la posible nulidad de la renuncia o del pacto de solidaridad y sus consecuencias sobre el afianzamiento mismo, es necesario realizar un tratamiento global de todas aquellas cláusulas que hagan referencia a la fianza en el contrato financiero que garantiza. La cláusula de fianza solidaria es única, es decir, suele aparecer como una sola cláusula que, además del afianzamiento, establece el carácter solidario de la garantía y la renuncia a los beneficios de excusión y división.

78. A favor de esta interpretación REDONDO TRIGO, F. «Fianza y Consumidores», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 769, pág. 2841.

79. SAP Barcelona, 122/2017, de 28 de febrero (JUR 2017, 157150); SAP Álava, 290/2017, de 12 de junio (AC 2017, 495).

En tercer lugar, las condiciones generales no pueden ser consideradas expresión de la voluntad común de los contratantes, y, por tanto, no pueden ser utilizadas para buscar la voluntad hipotética de los contratantes. Por tal razón, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [STJUE, de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10; Banco Español de Crédito, S.A. contra Joaquín Calderón Camino, [TJCE 2012, 143]), STJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-397/11; Erika Jörös contra Aegon Magyarország Hitel Zrt., [TJCE 2013, 194]), STJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-488/11; Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito contra Jahani BV, (TJCE 2013, 145))] deja sentado bien a las claras que «los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible». Así pues, «los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible». Como afirma la mejor doctrina (PAGADOR LÓPEZ, MIRANDA SERRANO) «cuando una cláusula de condiciones generales no supera alguno de los controles legales, la subsiguiente sanción de ineficacia se extiende a la cláusula en su totalidad y no puede ser rebajada o atenuada so pretexto de respetar la voluntad de las partes. No es admisible, pues, ni la declaración de nulidad parcial de la cláusula ni la llamada reducción conservadora de la validez, es decir, no es posible que se declare la invalidez de la cláusula, pero solo en la medida en que sea contraria a la Ley». Por tanto, no es posible que el juez modere una cláusula declarada nula por abusiva hasta un nivel en el que deje de serlo, sino que debe «tenerla por no puesta».

El Juez no puede integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y por el principio de la buena fe objetiva. En efecto, el TJUE (TJCE 2012, 143); (TJCE 2013, 145) ha dejado claro que los jueces carecen de la facultad integradora puesto que se contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, poniendo en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva. El TSJUE entiende que la redacción del antiguo artículo 83 del texto refundido de 2007 en relación con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no era conforme a Derecho, puesto que la norma interna española atribuía al juez nacional la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos,

para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva.

En último lugar, cuando la cláusula afecte a un elemento esencial de la contratación, ¿conlleva la nulidad del contrato en su integridad? En este sentido, la doctrina y jurisprudencia entiende que es posible conservar el negocio jurídico del que se ha admitido nulidad parcial de elementos esenciales de la contratación, distinguiendo entre elemento esencial como elemento denitorio del objeto principal del contrato y elemento esencial como parte inescindible del negocio jurídico. Así pues, la nulidad parcial operará, amparada por el principio *favor negotii*, siempre que los contenidos contractuales afectados sean divisibles o separables del resto y haya base para afirmar que aún concurren los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad. En tales condiciones, el negocio puede subsistir. No cabe, pues, identificar «objeto principal» con «elemento esencial».

En nuestro caso, para determinar la subsistencia o no de la fianza cuando el pacto de solidaridad o la renuncia haya sido sorprendentemente impuesto, habrá que dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿la eliminación de la renuncia o del pacto de la solidaridad conllevaría una remodelación de la cláusula, en el sentido de reconvertir la fianza solidaria en una fianza subsidiaria o accesorio pero válida?; ¿no se estaría beneficiando de ese modo al predisponente, que impone de forma abusiva la solidaridad?; ¿la solidaridad o la subsidiaridad son elementos esenciales del contrato, u objeto esencial?; ¿qué trascendencia debe corresponder al hecho de que los fiadores hayan prestado su consentimiento para convertirse en fiadores, aunque lo hayan efectuado de forma viciada, al verse *sorprendidos* por la solidaridad?; ¿el fiador habría dejado de prestar el consentimiento si hubiera conocido los riesgos que supone la cláusula de solidaridad?

La respuesta dependerá de las circunstancias que concurren en cada caso, y asimismo de si la causa de la nulidad e invalidez de la cláusula es su carácter abusivo o su carácter *sorprendente* o *intransparente*. Ciertamente es que nuestros fiadores han admitido constituirse en garantes personales de una tercera persona, mediante la celebración de un contrato autónomo (no una mera cláusula contractual incorporada al contrato de financiación). Pero no menos cierto es que, en los casos en que la solidaridad se imponga de forma sorpresiva, se ha producido un vicio del consentimiento del fiador, imputable única y exclusivamente a la actitud contraria a la buena fe del predisponente. Parece que, de ser así, la respuesta a los interrogantes anteriores debe ir presidida por el principio *pro consumatore*, en el sentido de que debería admitirse la nulidad total de la fianza (salvo que su mantenimiento resulte más beneficioso para el fiador, lo cual sucederá nunca). En efecto, como hemos expuesto, los derechos de excusión u orden y división constituyen los elementos esenciales de la obligación que asume el fiador, y contribuyen en muy buena medida a determinar la inequívoca voluntad negocial de los fiadores. La imposición intransparente de la solidaridad supone un error negocial que invalidaría el contrato en toda su integridad, puesto que en él típicamente se dan todos los requisitos: esencialidad y excusabilidad para el fiador-adherente, a lo que ha de añadirse la

responsabilidad del predisponente que incorpora la cláusula en contravención de las exigencias de la buena fe.

El adherente no tiene la obligación de indagar en el contenido de las cláusulas prerredactadas e impuestas, sino que corresponde al predisponente cerciorarse de que aquél conozca y consienta de manera efectiva la carga jurídica y económica del objeto esencial del contrato.

Si la nulidad e ineficacia de las cláusulas predispuestas e impuestas que establecen el carácter solidario de la fianza o excluyen los beneficios de excusión y división deriva de su carácter abusivo, sus consecuencias negociales dependerán del modo en que esos pactos se hayan conformado. Así, si mediante un pacto se conviene en celebrar un contrato de fianza y mediante estipulaciones formal y materialmente distintas se pacta el carácter solidario de la fianza o la renuncia por el fiador a los beneficios de excusión y división, es posible que tan solo sean declaradas nulas e ineficaces estas últimas, pero no la primera. Se trata, como decimos, de una cuestión fáctica que ha de resolverse a tenor de las concretas circunstancias que concurran en cada caso. Ahora bien, si en una misma cláusula, en sentido formal y material, se celebra el contrato de fianza y se configura como solidaria y con exclusión de los beneficios de excusión y división⁸⁰, no es dudoso que la consecuencia habrá de ser la nulidad e ineficacia del afianzamiento mismo.

Por tanto, no puede admitirse la reconversión, ni la reducción conservadora de la cláusula porque, de hacerse así, no sólo se iría en contra de la doctrina jurisprudencial del TJUE, sino que, además, el predisponente se vería beneficiado de su actuación manifiestamente contraria a la buena fe. Su abuso de posición contractual no conllevaría ninguna consecuencia negativa para sus intereses. «De descubrirse el pastel», y certificar la nulidad por intransparencia de la solidaridad, si el predisponente puede contar con que la garantía va a seguir siendo válida y eficaz, si bien reducida al alcance del régimen legal supletorio de la fianza, carece de estímulo alguno para abandonar su conducta abusiva. Esta interpretación iría en contra de lo construido hasta ahora en materia de protección de los consumidores. Con todo, no somos desconocedores que la línea que van a seguir nuestros tribunales será, por desgracia, la del mantenimiento del contrato, toda vez que existe una voluntad comercial cierta de convertirse en fiadores de un tercero. ¿Habrá que esperar otro *aldabonazo* del TJUE?

V. CONCLUSIONES

La contratación bancaria está todavía transida de no pocos abusos de posición contractual e infracción de las reglas de la buena fe. La fianza no ha sido una excepción. Así, entre otras condiciones abusivas, no son pocos los casos en los que el fiador ha visto reconvertida de forma sorpresiva su fianza en una verdadera garantía *a primer requerimiento*, transmutando de una manera sustancial

80. Como, a nuestro juicio, sucede con la que fue enjuiciada por la STS 56/2020 (RJ 2020, 145), cuyo tenor aparece reproducido en el FD 1º de la propia resolución.

los elementos esenciales del contrato que han firmado. Y esto a través de la imposición de un pacto de solidaridad o de la renuncia a sus derechos de excusión u orden y división, sin conocimiento y consentimiento por parte del fiador. No cabe la menor duda de que cuando esto suceda, tales pactos han de ser reputados nulos e ineficaces por abusivos o intransparentes, sanción de nulidad que, por afectar a la esencia misma de la fianza, debe derivar en la nulidad total del afianzamiento mismo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M^a 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.
- AGÜERO ORTIZ, A., «La protección de los Fiadores-Consumidores de préstamos mercantiles», Madrid, *SEPÍN Mercantil*, marzo 2018.
- ALBALADEJO GARCÍA, N., *Derecho Civil. II*, vol. segundo, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Librería Bosch, 8ª edición, Barcelona, 1989.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Clausulas predisuestas que describen el objeto principal del contrato», en <http://almacenedderecho.org/clausulas-predisuestasdescriben-objeto-principal-del-contrato>; *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, 1991.
- ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «¿Pueden anularse las fianzas de particulares por abusivas?», en <https://hayderecho.expansion.com/2018/04/23/pueden-anularse-las-fianzas-de-particulares-por-abusivas>.
- BELUCHE RINCÓN, I., *El fiador hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- CANIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho civil*, Vol. 2, núm. 3, 2015, PP. 67-105.
- CARMELO LLOPIS, J., «La cláusula de fianza en un préstamo hipotecario también es abusiva», en <http://www.notariallopis.es/blog/i/146/73/la-clausula-de-fianza-en-un-prestamo-hipotecario-tambien-es-abusiva>.
- CASADO NAVARRO, A., «El control de transparencia como «llave» del control de contenido de las cláusulas contractuales predisuestas», *La Ley mercantil*, núm. 11, 2015, 50-62.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *Prelación de créditos*, en «Revista General de Derecho», nº 582, marzo 1993, pp. 1279-1317; – *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999; – *Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria. Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizados con hipoteca*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016; «De nuevo sobre el concepto de consumidor y su repercusión en la situación de los garantes», *El derecho.com*, <https://elderecho.com/nuevo-concepto-consumidor-repercusion-la-situacion-los-garantes>.

- CEPERO ARÁNGUEZ, M. A. y 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*, núm. 9634, Sección Tribuna, 18 de mayo de 2020.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Bosch, 2008.
- ESTÉBANEZ IZQUIERDO, J.M., «Algunas notas en relación a los avales y fianzas», <https://josemanuelestebanez.blogspot.com/2017/03/algunas-notas-en-relacion-los-avales-y.html>.
- GONZÁLEZ CASSO, J., «El principio de primacía del derecho comunitario y la doctrina del TJUE. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 75/2017, de 19 de junio (RTC 2017, 75)», en *Diario La Ley*, núm. 9066, 23 de octubre de 2017.
- GONZÁLEZ PACANOSWKA, I., «Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación 7/1998», *RCL*, núm. 960, 1998; – «Comentario art. 5 y 7», en BERCOVITZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, p. 142.
- HEBRERO, J.A., «Nueva sentencia sobre avales abusivos en hipotecas», <https://tuguialegal.com/2015/10/16/nueva-sentencia-sobre-avales-abusivos-en-hipotecas/?share=gogle-plus-1>.
- HERNÁNDEZ, J., «El contrato de fianza: Concepto, naturaleza y clases», <https://www.dyrabogados.com/el-contrato-de-fianza-concepto-naturaleza-y-clases/>.
- MARTÍN FABÁ, J. M. «La cláusula de afianzamiento también es objeto del control de transparencia cualificado», *Cesco*, 20 de septiembre de 2016, www.uclm.es/centro/cesco.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo», *RDBB*, núm. 133, 2014.
- MIRANDA SERRANO, L. M., *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008; – «El Control de Transparencia de Condiciones Generales y Cláusulas Predispuestas en la Contratación Bancaria», *InDret*, Vol. 2, 2018; – «retos y tendencias en materia de disposiciones generales sobre obligaciones y contratos mercantiles: Aportaciones del Derecho mercantil a una regulación unitaria de la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos (I)», en SERRANO CAÑAS, CASADO NAVARRO (coord.), MIRANDA SERRANO, PAGADOR LÓPEZ (dir.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 41 a 90.
- MIRANDA SERRANO, L.M. y PERTÍNEZ VILCHEZ, F., «Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales», *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 2003, 2171-2183.
- PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999; – «Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación», *RLL*, 1999, nº 2; – «Los contratos

- de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas», en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ (coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012, pp. 99 a 144; – «Capítulo 10. La protección de la clientela en el ámbito de la contratación bancaria: Control de contenido y abusividad», en MARIMÓN DURÁ y MARTÍ MIRAVALLS (dirs.), *Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros: Financiación alternativa, gestión de la información y protección del cliente*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 345-386.
- PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L. M., «La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores», en MIRANDA, PAGADOR (coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012, pp. 19-62.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Comentario al artículo 80 TRLGDCU», en AAVV. (dir. CÁMARA LAPUENTE), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 696-710.
- REDONDO TRIGO, F. «Fianza y Consumidores», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 769, 2018, pp. 2833-2844.
- ROCA SASTRE, R. M., Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, IV-2º, 7ª, ed., Barcelona, 1979.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C., «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas: su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», *Diario La Ley*, núm. 8092, 2013.
- SOLER SOLÉ, G. y SERRA RODRÍGUEZ, A. y IZQUIERDO BLANCO, P. y FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 30 y 35.