

**El garante vulnerable: ¿Nulidad por error o nulidad parcial por abusividad de la llamada “Cláusula de Afianzamiento”?  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 745/2021, de 2 de noviembre**

The vulnerable guarantor: Nullity due to error or partial nullity due to unfairness of the so-called "Guarantee Clause"? Commentary on the Judgment of the Supreme Court (Civil Chamber, 1st Section), no. 745/2021, November 2nd

Carmen Sánchez Hernández\*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Universidad de Málaga, España

\* Catedrática de Universidad, Derecho Civil

Cómo citar:

Sánchez Hernández, C. (2022). El garante vulnerable: ¿Nulidad por error o nulidad parcial por abusividad de la llamada “Cláusula de Afianzamiento”? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 745/2021, de 2 de noviembre. *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, 22, e7515. <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7515>

---

**Resumen**

En la práctica bancaria la figura del fiador es objeto de diseño por la propia entidad, siendo privado de los beneficios de excusión, división y orden apareciendo como fiador solidario. Este garante vulnerable se debate entre el error y la posible abusividad como mecanismos de protección por parte del Ordenamiento jurídico.

**Palabras clave:** fianza, solidaridad, beneficio de excusión, división y orden, error, cláusula abusiva

**Abstract**

In banking practice, the figure of the guarantor is designed by the institution itself, being deprived of the benefits of excusion, division and order, appearing as a joint and several guarantor. This vulnerable guarantor is torn between error and possible abusiveness as mechanisms of protection by the legal system.

**Keywords:** bail, joint and several liability, benefit of excusion, division and order, error, unfair term

**Sumario**

I. Introducción. II. El perfil del fiador hipotecario cuestionado. III. El Tribunal Supremo ante la controvertida “cláusula de afianzamiento”: error versus abusividad. IV. A modo de conclusión. V. Financiamiento. VI. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

En numerosas ocasiones la adquisición de una vivienda es llevada a cabo mediante la solicitud y concesión de un crédito hipotecario. Asimismo, también es habitual, que no solamente sea exigida la garantía hipotecaria del adquirente, sino que la entidad bancaria requiera además una fianza.

Esta fianza no deja de ser un contrato autónomo,<sup>1</sup> regulado en el Código Civil en los arts. 1822 a 1856, muy común en los préstamos con garantía hipotecaria, en donde normalmente tiene carácter gratuito, al derivar de un favor personal que se presta a personas con las cuales unen lazos de parentesco o amistad. Igualmente, la fianza debe interpretarse siempre en beneficio del fiador, por lo que esta debe llevarse a cabo en sentido restrictivo en los casos dudosos (Montserrat Valero, (2017, p. 204)). El problema en la realidad del tráfico jurídico se presenta, cuando el sujeto que afianza no es plenamente consciente de los riesgos que puede asumir atendiendo al contenido del contrato de fianza. Cabe decir que el sujeto ha firmado, pero no ha negociado, desconociendo incluso los posibles mecanismos que le ofrece el Ordenamiento jurídico para su defensa. En la práctica, la persona del fiador se encuentra en mi opinión muy desprotegida, ya que cada entidad bancaria le solicita unas actuaciones diferentes y cada órgano judicial actúa según su criterio.

Partiendo de la necesidad de la fianza, en numerosas ocasiones, para que proceda la concesión del crédito hipotecario, el problema se plantea cuando nos encontramos ante un fiador hipotecario con determinado perfil, al cual se le “obliga” a renunciar a determinados derechos de los que puede disponer. Esta situación ha hecho que, ante un contrato de fianza, en el que existe pacto de solidaridad y renuncia a los beneficios de excusión, división y orden, se haya cuestionado el posible carácter abusivo de esta cláusula o se hable incluso de un posible error, como luego habrá ocasión de comprobar.

No obstante, procede analizar en primer lugar cuál es el perfil del fiador “vulnerable” con el cual juegan las entidades bancarias, con el fin de presentar la protección de la que el mismo debe ser objeto por parte del Ordenamiento jurídico.

## II. EL PERFIL DEL FIADOR HIPOTECARIO CUESTIONADO

En la práctica bancaria la figura del fiador es objeto de diseño por la propia entidad, siendo, por un lado, privado de los beneficios de excusión, división y orden; y, por otro lado, apareciendo como fiador solidario.<sup>2</sup>

Sin embargo, no podemos olvidar que, la fianza perfilada por la entidad bancaria deriva de un contrato celebrado entre el acreedor, deudor principal y fiador, en la medida en que garantiza un préstamo hipotecario del cual depende, con independencia de la cuestionada información precontractual suministrada a las partes contratantes débiles (deudor principal y fiador) por parte de la entidad bancaria. Se erige en un negocio jurídico plurilateral que queda formado por la declaración de voluntad de las tres partes (Díez-Picazo y Ponce de León, 2008, p. 493). De igual forma, la fianza conforme al art. 1827 C.c. debe ser producto de una “voluntad expresa” del fiador, lo que excluye una fianza meramente tácita o derivada de un simple comportamiento concluyente (Díez-Picazo y Ponce de León, 2008, p. 494).

Asimismo, en una fianza solidaria, el acreedor no podrá dirigirse como regla contra el fiador hasta que el deudor haya incumplido, por lo que la deuda del fiador será subsidiaria del incumplimiento del deudor principal. Para que el fiador solidario sea auténticamente solidario, como ha expresado la doctrina,<sup>3</sup> tiene que haber constituido su obligación como una deuda propia, en los mismos términos que si se hubiera constituido desde el origen de la deuda como un codeudor principal de la misma y debe quedar claro de los términos del compromiso que el acreedor puede demandar directamente el cumplimiento al llamado “deudor de refuerzo”. No obstante, la constitución de la fianza como auténticamente solidaria no excluye que la obligación del fiador sea siempre una obligación de refuerzo que nace de un contrato de garantía (Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López, 2015, p. 84).

Igualmente, el art. 1822 C.c. dispone que por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo este, pero si el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal, se estará a lo establecido en la Sección Cuarta, Capítulo 3º, Título 1º de este Libro. No obstante, el hecho de que la fianza sea solidaria no implica que se convierta en una obligación de esta naturaleza,<sup>4</sup> conservando el carácter de accesoriedad<sup>5</sup> y subsidiariedad.<sup>6</sup>

La solidaridad no excluye la existencia de la fianza, pues implica una forma de asumir la responsabilidad, mientras que de la fianza nace una obligación. Por esto, salvo excepciones, el régimen de la fianza debe aplicarse tanto a las relaciones internas entre el deudor y el fiador, como a las externas entre el acreedor y el fiador. En concreto, la relación externa, configurada por la relación entre acreedor y fiador, se regirá por las normas de la solidaridad, mientras que la relación interna, constituida entre el deudor y el fiador, por las propias de la fianza (Reyes López, (2011a), p. 1155). Para que el fiador quede eximido del pago de la deuda garantizada por la fianza, debe probar que el deudor principal ha procedido al cumplimiento de la obligación.

Por otra parte, la fianza con renuncia expresa a los beneficios de excusión, división y orden es una de las modalidades que expresamente recoge el Código Civil en los arts. 1831 y 1832. Precisamente al servicio de esa subsidiariedad se encuentran los referidos beneficios, no pudiendo el acreedor compeler al fiador al cumplimiento de la deuda “sin hacer antes excusión de todos los bienes del deudor” (art. 1830 C.c.).<sup>7</sup> Se erige el incumplimiento previo por parte del deudor en el presupuesto necesario para que entre en escena la figura del fiador y pueda el acreedor reclamar frente a él.

El beneficio de excusión es una facultad que la ley atribuye al fiador y que tiene por objeto enervar o paralizar la pretensión ejecutiva del acreedor dirigida contra él (Díez-Picazo y Ponce de León, 2008, p. 502). Por lo tanto, permite al fiador obligar al acreedor a que persiga todos los bienes del deudor principal, no debiendo pagar mientras el obligado principal tenga bienes o derechos suficientes para hacer frente a la obligación garantizada (Bastante Granell, 2017, p. 3).<sup>8</sup> Ahora bien, hay que tener presente que, la carga del ejercicio de dicha facultad se hace recaer sobre el fiador. Esto significa que, la ley no impone al acreedor la necesidad de la “busca y captura” de los bienes del deudor, de manera que sólo tras una persecución infructuosa le conceda la posibilidad de dirigirse contra el fiador. El fiador es quien debe facilitar la acción del acreedor para poder liberarse. Recae sobre el fiador la carga del ejercicio del beneficio de excusión, el cual se produce en un doble sentido: primero, debe llevar a cabo el señalamiento de los bienes del deudor; segundo, este señalamiento debe ser realizado en el momento del requerimiento que se le haga para el pago o dentro del plazo de que disponga para contestar a dicho requerimiento (Díez-Picazo y Ponce de León, 2008, p. 503).

Sin embargo, tal y como se contempla en el Código Civil, este beneficio de excusión reconocido a la persona del fiador es renunciable, en concreto, el art. 1831 establece que la excusión no tiene lugar, entre otras causas, cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella. La renuncia expresa a la excusión,<sup>9</sup> se apoya en la autonomía de la voluntad del fiador, el cual hace “renuncia” de esta ventaja de carácter potestativo (Reyes López, 2011b, p. 1190). A esta fórmula se acogen las entidades bancarias, entre otras, para diseñar la cuestionada “cláusula de afianzamiento”, adquiriendo el fiador la condición de deudor en las mismas condiciones que el llamado “deudor principal”. Si a esto unimos, el carácter solidario de la fianza pactada y la remisión prevista al régimen de la solidaridad, resulta de aplicación el art. 1144 C.c., en virtud del cual el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Asimismo, las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que

posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda en su totalidad.

Por otro lado, hay que tener también en cuenta que, el pacto de solidaridad previsto en el art. 1822 C.c. excluye el beneficio de excusión, incluso sin renuncia del fiador, atendiendo al contenido del art. 1831.2º C.c. En efecto, si el fiador y el deudor principal son solidarios frente al acreedor, el beneficio de excusión carece de sentido, pues hay entre este y la solidaridad una evidente “incompatibilidad” (Díez-Picazo y Ponce de León, 2008, p. 504).

Por lo tanto, pactado el beneficio de excusión y orden, si el deudor principal incumple, el fiador no entra en escena mientras este deudor disponga de bienes realizables suficientes para poder cubrir la deuda. Pero, si por el contrario, la fianza se pacta como solidaria, la cual excluye el beneficio de excusión, o de entrada se renuncia al mismo, incumpliendo el deudor principal, el acreedor ya puede dirigirse indistintamente contra el deudor o el fiador.<sup>10</sup>

Este es el supuesto de hecho que se plantea en la práctica. La cláusula de afianzamiento es diseñada por los bancos conforme a lo previsto en el Código Civil, lo que conduce a la privación de los derechos del fiador en beneficio de las mismas. La cláusula de afianzamiento preestablecida por la entidad bancaria, coloca al fiador solidario y con renuncia a los referidos beneficios en la misma posición que el deudor principal. Ante esto cabe preguntarse, si aun siendo resultado de las previsiones legales del Código Civil, el fiador es objeto de la información suficiente y necesaria en torno a las condiciones de lo pactado y, sobre todo, las consecuencias ante un posible incumplimiento por parte del deudor principal.

### **III. EL TRIBUNAL SUPREMO ANTE LA CONTROVERTIDA “CLÁUSULA DE AFIANZAMIENTO”: ERROR VERSUS ABUSIVIDAD**

En medio del vaivén jurisprudencial, a nivel de las Audiencias Provinciales, Juzgados de lo Mercantil y Primera Instancia, sin perder de vista la postura del TJUE,<sup>11</sup> el TS se ha manifestado en torno a los problemas que la fianza incorporada al contrato de préstamo hipotecario, y generalmente diseñado por las entidades bancarias, presenta en la actualidad.

En el análisis de las sentencias existentes, llama especialmente la atención la STS 2 de noviembre de 2021,<sup>12</sup> en la cual se solicita la nulidad por vicio del consentimiento de la cláusula de afianzamiento, por la que los fiadores solidarios de un préstamo hipotecario garantizan la obligación que ha sido contraída por los prestatarios con renuncia a los beneficios de excusión,

división y orden. La Sentencia de Primera Instancia estima la demanda y considera que los fiadores habían prestado su consentimiento por error, en la medida en que no habían sido informados sobre la diferencia entre la fianza simple y la solidaria y no haber sido conscientes de las implicaciones que conlleva su renuncia a los beneficios que comporta la fianza simple. Se denuncia pues la infracción del art. 1266 C.c. sobre la esencialidad del error.

La entidad prestamista interpone recurso de apelación, siendo desestimado por la Audiencia Provincial en base a los siguientes argumentos: “(i) una cláusula que reproduce una institución prevista expresamente en el Código Civil –la fianza solidaria- no puede ser ilícita per se; (ii) la cuestión estriba, pues, en determinar si los fiadores prestaron su consentimiento a dicha cláusula de manera consciente o viciada y la prueba permite concluir que hubo error porque: la cláusula no explica que los fiadores responderán en las mismas condiciones que los prestatarios, se limita a mencionar unos preceptos del Código de Comercio y del Código Civil que los fiadores no tenían por qué conocer y no consta que se le hubiera explicado mínimamente en que consistían las renunciaciones que realizaban en el documento y qué implicaciones tenían; (iii) a los fiadores no se les podía exigir un plus de comprobación e interpretación de las normas aplicables a la solidaridad, por lo que su error resultó excusable”.

La entidad prestamista interpone recurso de casación, el cual ha sido admitido, considerando el Tribunal Supremo que “la esencialidad se refiere a la gravedad o trascendencia que todo error, por su carácter excepcional, ha de tener para que pueda ser tomado en consideración. Se pretende evitar que alguien quiera liberarse de la obligación contraída alegando la existencia de errores sin verdadera trascendencia en la prestación del consentimiento”. Parte de una interpretación objetivadora “que vincula la esencialidad al hecho de que las circunstancias que han impulsado a una de las partes (o a ambas) a contratar estén presentes en el contrato, no exige necesariamente que se expresen materialmente en el mismo cuando de las circunstancias de toda índole que concurran en el negocio deba entenderse que fueron tenidas en cuenta como determinantes en la formación de la voluntad que da lugar al consentimiento”. En consecuencia, para que el error en el consentimiento tenga efecto invalidante “debe recaer sobre elementos esenciales del negocio considerados básicos para los contratantes”. En base a esto estima que “el beneficio de excusión no constituye un elemento esencial del contrato de fianza en tanto que puede ser excluido, sin merma de la validez de la garantía, en los supuestos que prevé el art. 1831 C.c., entre los que se encuentran expresamente la renuncia a este beneficio y que el fiador se haya obligado solidariamente

con el deudor”. En concreto “si la propia ley permite que el derecho de excusión no forme parte del negocio jurídico de fianza, a lo sumo el error se proyectaría sobre su consecuencia: la solidaridad, pero no sobre la fianza en sí. La solidaridad elimina la subsidiariedad de la fianza, de la que el beneficio de excusión constituye tan solo su manifestación más destacada, por lo que una cláusula que, al mismo tiempo, establece la solidaridad de la fianza y la renuncia al beneficio de excusión es, cuando menos, redundante”.

Ante esta situación el TS considera que “al no concurrir el requisito de esencialidad”, el recurso de casación debe ser estimado, “puesto que al faltar uno de los elementos para estimar la existencia de error vicio del consentimiento –la esencialidad del error- es innecesario examinar si además concurría el elemento de la excusabilidad”.

Sobre el particular referir, y como ha constatado el TS, que lo “esencial” en el contrato de fianza es obligarse a cumplir frente al acreedor, cuando el deudor principal no lo hace. Un error sobre la naturaleza de la fianza (simple o solidaria) y la renuncia a los beneficios referidos, no es esencial, por lo que ese error no puede ser alegado para lograr la nulidad por vicio del consentimiento. Por tanto, cabe estimar que el caso que nos ocupa no responde a un supuesto de error. Se trata de un simple desconocimiento por parte del garante de las consecuencias que tiene la fianza solidaria y la pérdida de los referidos derechos, derivada de la ausencia de la información necesaria que como consumidor debe recibir por parte de la entidad bancaria.

Frente al error cabe mencionar la STS 17 de octubre de 2018,<sup>13</sup> que apunta las dos posibles soluciones que, ante la declaración de abusividad proceden. Precisa la sentencia que “de haber obtenido una resolución estimatoria de esta causa de oposición, la cláusula no habría podido ser aplicada, por ser nula y no desplegar efecto alguno, de modo que el banco prestamista no habría podido ejercitar acción alguna contra ellos o, en todo caso, de haberse considerado nula solamente la renuncia a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción, no habría podido accionar contra ellos sin haberlo hecho contra los deudores principales”. Resulta de esta Sentencia la dualidad de efectos en torno a la declarada abusividad de la cláusula de afianzamiento: nulidad absoluta o nulidad relativa que afectaría exclusivamente a las condiciones en que ha sido impuesta la fianza.

Por su parte, la Sentencia 28 de noviembre de 2018,<sup>14</sup> se centra en el control de transparencia de la cláusula de afianzamiento, pues las partes (consumidores), niegan haber recibido “previamente a la contratación la información adecuada y comprensible”, ante lo que solicitan la declaración

de su abusividad. En la Sentencia se razona en relación con tal control, especificando que “no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas (...).

No existen medios tasados para obtener el resultado de un consumidor perfectamente informado. El perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios (...). En cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia”.

Pero es la Sentencia de 27 de enero de 2020,<sup>15</sup> la que realiza un razonamiento más extenso, concreto y mayoritariamente seguido por la jurisprudencia posterior,<sup>16</sup> con independencia de que su solución pueda o no ser compartida. En este caso los fiadores interpusieron demanda solicitando la declaración de “nulidad por abusiva de la cláusula de afianzamiento”. La Sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda al considerar que no puede entenderse la cláusula de afianzamiento como una condición general de la contratación, sino como un contrato autónomo, con obligaciones propias, lo que hace improcedente la acción ejercitada conforme a los artículos 8 y 9 de la LCGC. Recurrida la sentencia de primera instancia por los fiadores, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación al considerar, de forma sustancialmente coincidente con el Juzgado de lo Mercantil, 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, y que como tal podrá ser impugnado a través de las normas generales de la nulidad de los contratos.

Interpuesto recurso de casación por los fiadores solidarios, con renuncia a los beneficios de excusión, división y orden, en base a lo establecido por el TS en la Sentencia cabe considerar que: 1º. La fianza es un contrato autónomo, no una cláusula o condición general del contrato de préstamo o crédito hipotecario, aunque sean documentadas en el mismo instrumento público. Por ello, no se admite que, en base a su pretendida consideración



como mera cláusula, se proceda a declarar su íntegra nulidad por abusiva, y en base a unas acciones que se encuentran previstas para restablecer el equilibrio real de las prestaciones de las partes mediante la supresión de las cláusulas abusivas; 2º. La condición de consumidor debe ser predicada del fiador, con independencia de que la misma sea ostentada o no por el deudor principal; 3º. El régimen de protección previsto en la Directiva 93/13 puede ser aplicado a la fianza solidaria, la cual hace inútil la renuncia al beneficio de excusión; 4º. Sí cabe la posibilidad de ser estimadas como abusivas, o contrarias a normas imperativas, determinadas cláusulas contractuales o condiciones generales de la contratación que sean integradas en el contrato de fianza; y, 5º. El término cláusula de afianzamiento pueda no ser correcto, en la medida en que el contrato de fianza no es una cláusula del contrato de crédito hipotecario, ya que únicamente ha sido documentado en el mismo instrumento público, lo que no le hace perder su autonomía como contrato en favor de su posible consideración como cláusula y, en consecuencia, ser una condición general de la contratación, cuya abusividad pueda ser cuestionada. No se discute pues, la abusividad del contrato de fianza, sino de las cláusulas que lo componen.

El último eslabón a cuestionar en la citada Sentencia se refiere a las llamadas “garantías desproporcionadas”. Sobre el particular, dice la Sentencia, que de este planteamiento hay que excepcionar los casos en que resulte de aplicación la previsión legal contenida en la actualidad en el art. 88.1 TRLGCU, sobre “la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido”. Al respecto determina que “en vía de principios, la tacha de abusividad se predica en este caso respecto de las cláusulas o estipulaciones que constituyan imposición de garantías desproporcionadas, y no del íntegro contrato de garantía que las contenga”. No obstante, y a pesar de la interpretación extensiva del concepto de “garantías”, se requiere para quedar afectado por la grave ineficacia de la nulidad del contrato en que se haya constituido “que pueda apreciarse con claridad la desproporción entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor”. Por tanto, el TS partiendo de la fianza como contrato autónomo del préstamo, estima que la mal denominada cláusula de afianzamiento puede ser enjuiciada como abusiva por medio del caso singular de imposición de garantías desproporcionadas ex art. 88.1 TRLGDCU.

No obstante, el hecho de que la cláusula de afianzamiento se encuentre incorporada en un documento único, no se traduce en su consideración de estipulación contractual del contrato de préstamo hipotecario al cual garantiza. La constitución de la fianza implica que de forma unilateral el fiador consiente y garantiza, sin recibir ninguna contraprestación, una obligación previa del deudor principal asumida en un contrato o pacto que se perfecciona en el

mismo momento, o antes, incorporándose el nacimiento de la garantía como una estipulación adicional (Cepero Aránguez y Estrada Novo, 2020, p. 4). Esta es la cuestión principal y novedosa de esta sentencia, en virtud de la cual la cláusula de afianzamiento inserta en un contrato de préstamo hipotecario suscrito por consumidores puede ser considerada nula por abusiva en caso de que constituya una imposición de garantías desproporcionadas, ex art. 88.1 TRLGDCU. Esto conduce a que esta cláusula no pueda ser enjuiciada desde la perspectiva de ningún otro supuesto de abusividad previsto en el TRLGDCU, y claro está, no desde la cláusula general prevista en el art. 82 TRLGDCU (Cepero Aránguez y Estrada Novo, 2020, p. 5).

Pero ¿qué ocurre cuándo la garantía (fianza) perfilada por la entidad bancaria en los términos que venimos denunciando, no resulte desproporcionada? ¿Qué ocurre con el fiador que se ha adherido al contrato de fianza así diseñado en base a los lazos de parentesco y amistad que le unen con el adquirente de vivienda? ¿No sería posible ante el caso, declarar la validez del contrato de fianza que no es condición general de la contratación, y declarar la abusividad de las cláusulas pactadas en el mismo (solidaridad y renuncia a los beneficios)? Con esta postura el TS cierra la puerta a una posible declaración de abusividad del pacto de renuncia a los beneficios de excusión, división y orden, en la medida en que puede ser transparente o careciendo de transparencia, no es abusivo porque deriva de lo previsto en el Código Civil, y en la medida en que prevé la posibilidad de pactar la fianza como solidaria, esta excluye su operatividad.

En mi opinión, el consumidor debe conocer las condiciones en las cuales contrata, contando con una información precontractual suficiente, que le permita decidir libre y voluntariamente si quiere o no estar vinculado en base al perfil de fianza dibujado por la entidad y de la que depende siempre la concesión del préstamo. Emitir en aras de su propia seguridad lo que se ha denominado un “consentimiento informado o consciente”.<sup>17</sup>

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En cualquier caso, este no es el modelo generador de conflicto habitual, el cual va a responder a la vinculación de la permanencia del contrato de crédito hipotecario al mantenimiento del contrato de fianza. En concreto, no siendo apreciada la desproporción de la garantía, el contrato de fianza así diseñado por la entidad bancaria se mantiene, no mereciendo al parecer protección el fiador que ante la ausencia de la suficiente información en torno a las consecuencias económicas y jurídicas del contrato que suscribe, no es objeto del beneficio de aplicación del artículo 88.1 TRLGDCU. Es decir, solamente

merecen protección los fiadores cuyas garantías sean desproporcionadas al riesgo asumido.

No obstante, ante el conflicto planteado, el carácter autónomo del contrato de fianza y la posible declaración de abusividad de las cláusulas contenidas en el mismo, cuando concurren los requisitos exigidos para ello, procede, desde mi punto de vista, declarar la nulidad parcial, manteniéndose el contrato de fianza sin el pacto de solidaridad y sin la renuncia a los referidos beneficios lo cual no perjudica al consumidor y beneficia a la entidad bancaria, al contrario, le permite acceder al crédito y mantener la garantía.

## V. FINANCIAMIENTO

El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad de referencia PGC2018-097607-B-I00, el “Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Unión Europea y Derecho interno” (DITEU, 31-12-2021); y del Proyecto “Derechos y garantías de las personas vulnerables en el estado de bienestar”, Código: UMA-FEDERJA 175, Programa Operativo Feder Andalucía, de los que soy investigadora principal.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Moreno, M<sup>a</sup>. T. (2015). *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (Normas imperativas y pactos al respecto)*. Madrid: Reus.
- Bastante Granell, V. (2017). La cláusula de afianzamiento en préstamos hipotecarios: su abusividad a debate. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 3, 55-98.
- Carrasco Perera, Á. (1992). *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*. Madrid: La Ley.
- Carrasco Perera, Á., Cordero Lobato, E., y Marín López, M. J. (2015). *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo I, 3<sup>a</sup> edic. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Castilla Barea, M. (2013). Comentario artículo 1822 C.c. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cepero Aránguez, M. Á., y Estrada Novo, M. (2020, 21 de mayo). El juicio de abusividad de las cláusulas de fianza incorporadas en un contrato de

- préstamo hipotecario a la luz de la Sentencia núm. 56/2020, de 27 de enero, de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *Diario La Ley*, 9637, Sección Tribuna. <https://diariolaley.laleynext.es>
- Colás Escandón, A. M. (2007). *Efectos del contrato de fianza: relaciones entre acreedor, deudor principal y fiador*. Pamplona: Thomson Aranzadi, Cuadernos de Aranzadi Civil,
- Díez-Picazo Y Ponce De León, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II. Madrid: Civitas.
- Gómez Valenzuela, M. Á. (2021). Examen de las cláusulas abusivas en el contrato de fianza: a propósito de la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 14, 630-691. <https://revista-aji.com/numero-14/>
- Montserrat Valero, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Pascual Brotóns, C. C. (2015). *El fiador personal en la ejecución hipotecaria*. Madrid: Reus.
- Plaza Penadés, J. (2013). Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusula suelo. *Diario La Ley*, 8112, junio. <https://diariolaley.laleynext.es>
- Reyes López, M. J. (2011a). Comentario artículo 1822. En A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.). *Código Civil Comentado*, vol. IV. Pamplona: Aranzadi.
- Reyes López, M. J. (2011b). Comentario artículo 1831. En A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.). *Código Civil Comentado*, vol. IV. Pamplona: Aranzadi.

#### Notas

- 1 En este sentido, Auto del TJUE 19 de noviembre de 2015, caso Dumitru Tarcău e Ileana Tarcău contra Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA y otros, asunto c-74/15 (TJCE 2015/386), el cual especifica que “si bien tal contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que garantiza, se presenta como un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Por tanto, la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza”.
- 2 En el Auto de la AP de Guipúzcoa (Sección 2ª), 30 de septiembre de 2015 (JUR 2015/244535), queda aclarado que “ostentar la condición de fiador o fiador obligado a pagar al acreedor sin hacer antes excusión de todos los bienes del deudor es sustancialmente diferente, y la trascendencia económica y jurídica que ello comporta tiene notoria trascendencia”.

- 3 Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López, 2015, p. 83.
- 4 Pascual Brotóns, 2015, p. 42.
- 5 En este sentido, Gómez Valenzuela, 2021, p. 638; Colás Escandón, 2007, p. 19. En contra Carrasco Perera, (1992, p. 195), para quien la obligación del fiador se desarrolla autónomamente, negando el carácter accesorio de la fianza, tanto en su nacimiento, como en su desarrollo y subsistencia.
- 6 Como ha referido Colás Escandón, existe un sector de la doctrina que en este caso estima que se trata de una fianza “esencialmente accesorio y naturalmente subsidiaria” (2007, p. 24).
- 7 El hecho de que el beneficio de excusión se encuentre al servicio de la subsidiariedad no significa que se puedan identificar. Así es entendido en la SAP de Barcelona, 26 de junio de 2020 (JUR 2020/237121), en la cual se especifica que “no es posible identificar subsidiariedad y beneficio de excusión. El principio de subsidiariedad implica que la obligación del fiador sólo nace si el deudor principal incumple, en tanto el beneficio de excusión, que presupone el incumplimiento del deudor, supone que el fiador no puede ser compelido al pago mientras queden en el patrimonio del deudor bienes bastantes para hacer frente a la deuda (artículo 1830 del Código Civil)”. Esto ya fue puesto de manifiesto en SAP de Barcelona (Sección 15ª), 6 de noviembre de 2014 (JUR 2015/43530), en la cual se expresaba que “no es posible identificar subsidiariedad y beneficio de excusión”.
- 8 Por su parte, Castilla Barea (2013, p. 12465) lo considera como un “plus”.
- 9 Sobre los casos de validez de renunciaciones de carácter implícito, *vid.*, Colás Escandón, 2007, pp. 58 y 59.
- 10 Como ha sido referido en la SJMerc de San Sebastián, 30 de septiembre de 2014 (AC 2014/1672), “el carácter solidario de la fianza con renuncia a todos los derechos que protegen al fiador, supone colocarlo en una situación semejante al deudor principal, situación que es imposible haya querido realmente. Esos derechos, que desde el siglo XIX amparan a los fiadores, son renunciados sin explicación, porque desde luego la garantía general del artículo 1911 C.c. respecto de los deudores principales, y la hipoteca que otorga garantía sobre el inmueble, convierten en desproporcionada la renuncia realizada. Se suman y superponen garantías, pues tiene la general del citado art. 1911 C.c. respecto a la totalidad del patrimonio del deudor principal, la real sobre el bien hipotecado, y la personal añadida de los avalistas”. Asimismo, reconoce que “el deudor solidario que renuncia a los beneficios de excusión, división y orden no es un simple avalista, sino que se transmuta en auténtico deudor, se coloca en idéntica situación que el deudor principal”. En el mismo sentido, SJMerc de San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa), 2 de octubre de 2014 (AC 2014/1674).
- 11 SSTJUE 27 de junio de 2000, caso Océano Grupo Editorial, S.A. contra Rocío Murciano Quintero y Salvat Editores contra varios, asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98 (TJCE 2000/144); 14 de marzo de 2013, caso Mohamed Aziz contra Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), asunto C-415/11 (TJCE 2013/89); 26 de enero de 2017, caso Banco Primus, S.A. contra Jesús Gutiérrez García, asunto C-241/14 (TJCE 2017/31); 16 de enero de 2014, caso Constructora Principado, S.A. contra José Ignacio Menéndez Álvarez, asunto C-226/12 (TJUE 2014/7); 27 de enero de 2021, caso Dexia Nederland BV contra otros, asuntos C-229/19 y C-289/19 (TJCE 2021/21); 3 de junio de 2010, caso caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra AUSBANC, asunto C-484/08 (TJUE 2010/162); 30 de abril de 2014, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt., asunto C-26/13 (TJCE 2014/105); 1 de abril de 2004, caso Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG contra Ludger Hofstetter y Ulrike Hofstetter, asunto C-237/02 (TJCE 2020/311); 21 de noviembre de 2002, caso Cofidis SA contra Louis Fredout, asunto C-473/00 (TJCE 2002/345); 6 de octubre de 2006, caso Asturcom Telecomunicaciones, S.L. contra Cristina Rodríguez Nogueira, asunto C-40/08 (TJUE 2009/309); 26 de octubre de 2006, caso Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium, asunto C-168/05 (TJCE 2006/299); 26 de abril de 2012, caso Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság contra Invitel Távközlési Zrt., asunto C-472/10 (TJCE 2012/98); 14 de junio de 2012, caso Banco Español de Crédito, S.A. contra Joaquín Calderón Camino, asunto C-618/10 (TJCE 2012/143); 21 de febrero de 2013, caso Banif Plus Bank Zrt contra Csaba Csipai y otros, asunto C-472/11 (TJCE 2013/46); 30 de mayo de 2013, caso Erika Joros contra Aegon Magyarország Hitel Zrt., asunto C-397/11 (TJCE 2013/194); 30 de mayo de 2013, caso

- Dirk Frederik Asbeek Brusse y otros contra Jahani BV, asunto C-488/2011 (TJCE 2011/145); 30 de abril de 2014, caso Barclays Bank, S.A. contra Sara Sánchez García y Alejandro Chacón Barrera, asunto C-280/13 (TJCE 2014/165); 16 de julio de 2015, caso Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García contra Banco Bilbao Vizcaya, S.A., asunto C-539/14 (TJCE 2015/327); 1 de octubre de 2015, caso ERSTE Bank Hungaruy Zrt. Contra Attila Sugár, asunto C-32/14 (TJCE 2015/464); 18 de febrero de 2016, caso Finanmadrid E.F.C. contra Jesús Vicente Albán Zambrano y otros, asunto C-49/14 (TJCE 2016/53); 20 de septiembre de 2018, caso OTP Bank Nyrt. Contra T.I. y otros, asunto C-51/17 (TJCE 2018/226); 4 de junio de 2020, caso Kancelaria Medius SA contra RN, asunto C-495/19 (TJCE 2020/11); 9 de julio de 2020, caso SC Raiffeisen Bank SA y otros contra BRD Groupe Sociéte Générale SA y otros, asuntos C-698/18 y C-699/18 (TJCE 2020/170); 26 de noviembre de 2020, caso DSK Bank EAD y otros, asunto C-807/19 (TJCE 2020/288); 4 de junio de 2009, caso Pannon, asunto C-243/08 (TJCE 2009/155); 26 de marzo de 2019, caso Abanca Corporación Bancaria, S.A., contra A.G.S.S., asunto C-70/17 (TJCE 2019/59); 21 de febrero de 2013, caso Banif Plus Bank Zrt contra Csaba Csipai y otros, asunto C-472/11 (TJCE 2013/46); 3 de octubre de 2019, caso VARIUS contra Raiffeisen Bank International AG, asunto C-260/18 (TJCE 2019/219); 7 de noviembre de 2019, caso Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS) contra varios, asuntos acumulados C-349/18 a C-351/18 (TJCE 2019/259); 9 de julio de 2020, caso XZ contra Ibercaja Banco, S.A., asunto C-452/18 (TJCE 2020/18); 25 de noviembre de 2020, caso Banca B. SA contra A.A.A., asunto C-269/19 (TJCE 2020/286); 3 de marzo de 2021, caso Ibercaja Banco, S.A. contra otros, asunto C-13/19 (TJCE 2021/50); 29 de abril de 2021, caso varios contra varios, asunto C-19/20 (TJCE 2021/110); 6 de octubre de 2009, caso Aустurcom Telecomunicaciones, asunto C-40/08 (LA LEY 187264/2009); 9 de octubre de 2010, caso VB Pénzügyi Lizing, asunto C-137/08 (LA LEY 195036/2010); 15 de marzo de 2012, caso Jana Perenicová y otros contra SOS financ, spol. Sr. O., asunto C-453/10 (TJCE 2012/55).
- 12 RJ 2021/5444.  
13 RJ 2018/325435.  
14 RJ 2018/325435.  
15 RJ 2020/145.  
16 SSTS 12 de febrero de 2020 (RJ 2020/329); 1 de julio de 2020 (RJ 2020/207366); Autos TS 23 de septiembre de 2020 (RJ 2020/282523); 9 de diciembre de 2020 (JUR 2020/361680); 10 de noviembre de 2021; 24 de noviembre de 2021 (JUR 2021/367684); 15 de marzo de 2022 (JUR 2022/118699); 23 de marzo de 2022 (JUR 2022/119012); 30 de marzo de 2022 (JUR 2022/123465); 20 de abril de 2022 (JUR 2022/138926); 27 de abril de 2022 (JUR 2022/144016); 4 de mayo de 2022 (JUR 2022/157101); 25 de mayo de 2022 (JUR 2022/188651); 1 de junio de 2022 (JUR 2022/199340).  
17 Sobre este consentimiento se han manifestado, Plaza Penadés (2013, p. 9) y Álvarez Moreno (2015, p. 44).