

Doble Grado en Administración y Dirección de Empresas + Derecho

Curso 2022/2023

LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL CONTRATO DE FIANZA

Autora: Sara Cabot Leal

Directora: Clara Asua González

Bilbao, a 16 de febrero de 2023

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	ASPECTOS RELEVANTES DE LA REGULACIÓN DE LA FIANZA.....	3
III.	LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES ANTE LAS CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS.....	7
	1. La falta de negociación.....	9
	2. La transparencia.....	10
	3. La abusividad.....	15
	4. La condición de consumidor y profesional.....	18
IV.	TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD EN EL CONTRATO DE FIANZA....	19
	1. ¿Puede resultar abusiva la fianza?.....	20
	1.1. La naturaleza contractual de la fianza.....	20
	1.2. El excepcional tratamiento de la fianza como cláusula.....	23
	2. Criterios para la consideración del fiador como consumidor.....	25
	2.1. La irrelevancia del carácter del deudor principal y de la naturaleza de su obligación.....	25
	2.2. Las circunstancias que excluyen la condición de consumidor del fiador.....	26
	3. La falta de transparencia o eventual abusividad del pacto de solidaridad y la renuncia a los beneficios de excusión, orden y división.....	30
	3.1. El requisito de la transparencia.....	31
	3.2. Su posible encaje en las reglas de abusividad.....	35
V.	TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD EN EL CONTRATO PRINCIPAL...39	

VI. CONCLUSIONES.....	40
BIBLIOGRAFÍA.....	43
JURISUPRUDENCIA.....	45

LISTA DE ABREVIATURAS

ATJUE: Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

CC: Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

CCo: Real Decreto, de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

Directiva 93/13: Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

LCGC: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

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

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

STJUE / SSTJUE: Sentencia/s del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS / SSTS: Sentencia/s del Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, las entidades financieras suelen exigir como requisito para la concesión de préstamos hipotecarios, una segunda garantía de carácter personal, como es la fianza. Esta fianza normalmente queda inserta en el propio contrato de préstamo bajo la denominación de “cláusula de afianzamiento”, la cual el fiador se limita a firmar. Esto supone que todo el contenido contractual de la fianza ha sido predispuesto e impuesto por la entidad, sin que haya podido ser objeto de negociación. Lo habitual, además, y ante la búsqueda de una mayor seguridad para el cobro de sus créditos, es que la fianza se constituya como solidaria y con renuncia a los beneficios de excusión, orden y división.

Todo ello ha tenido por consecuencia que, en la práctica, y sin tener pleno conocimiento de los riesgos que han asumido, los fiadores se acaben encontrando en una situación jurídica similar a la del deudor principal y que la entidad pueda dirigirse directamente contra el patrimonio del fiador en caso de incumplimiento de la obligación de pago. El presente trabajo tiene por objeto estudiar los diversos mecanismos que la normativa de protección de los consumidores sobre las cláusulas no negociadas ofrece al fiador. Normativa que queda recogida en la Directiva 93/13 y en los arts. 80 a 91 TRLGDCU. Ello parte de que los contratos de garantía entran dentro del ámbito de regulación de tales normas; de hecho, de acuerdo con el TJUE¹, la protección que otorga la Directiva 93/13 es especialmente importante en aquellos contratos de garantía celebrados entre una entidad financiera y un consumidor, en los que éste asume obligaciones onerosas que tienen como efecto gravar su patrimonio con un riesgo financiero difícil de calibrar.

El estudio se estructura en torno a los aspectos que han resultado más controvertidos en la jurisprudencia comunitaria e interna. Por un lado, se ha discutido sobre la condición de consumidor del fiador, especialmente en los casos en los que la obligación garantizada se corresponde con una operación mercantil. Por otro lado, y partiendo de que la fianza se enmarque en una relación de consumo, han resultado igualmente problemáticas las vías de que dispone el fiador para protegerse frente a la entidad.

Así, en numerosas ocasiones, se ha pretendido impugnar la cláusula de afianzamiento con base en su abusividad o su falta de transparencia, cuando lo cierto es que estas dos herramientas están pensadas para la nulidad de determinadas cláusulas o estipulaciones y no para un íntegro contrato. En otros casos, sólo se ha tratado de impugnar alguna o

¹ ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (TJCE 2015/386).

algunas de las cláusulas insertas en el contrato de fianza, tales como el pacto de solidaridad o la renuncia a los beneficios propios de la fianza simple, alegando que desconocían la repercusión y trascendencia de aceptar dichas cláusulas o que generaban un desequilibrio injusto. Asimismo, la declaración de nulidad también se ha instado en algún supuesto sobre cláusulas del propio contrato de préstamo, en la medida en que afectan al alcance obligacional del fiador. Todas estas cuestiones, que se han resuelto de manera dispar y contradictoria por Jueces y Tribunales de instancia, han resultado ya abordadas tanto por el Tribunal Supremo como por el TJUE.

El análisis de todo lo anterior requiere establecer un cierto margen conceptual previo. Por ello, se ha considerado oportuno detenerse previamente tanto en los aspectos más relevantes de la figura jurídica de la fianza como en los mecanismos propios de la normativa de protección de los consumidores.

II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA REGULACIÓN DE LA FIANZA

La fianza es una garantía de naturaleza personal que proporciona al acreedor una mayor probabilidad de ver satisfecho su interés ya que extiende su poder de agresión a un patrimonio distinto del propio del deudor garantizado². Por regla general, su origen es contractual³ (*vid.* art. 1823 CC) y, por ello, queda definida por el art. 1822 del Código Civil (en adelante, CC) como aquel contrato por el que “*se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste*”. La fianza no se presume, sino que debe pactarse de forma expresa tal y como establece el art. 1827 CC, aunque no necesariamente deba realizarse por escrito. Es importante puntualizar que las partes del contrato de fianza son, exclusivamente, el fiador y el acreedor; el deudor fiado no forma parte de este contrato⁴. Como luego se verá, precisamente el que los contratantes no sean los mismos es uno de los argumentos que se utilizan para negar que la fianza y el préstamo al que está ligado formen parte de un único contrato y, por tanto, que no se considere a la fianza como a una mera cláusula del contrato de préstamo.

Característica fundamental de la fianza es su accesoriedad, que presupone la existencia de una obligación principal válida a la cual garantiza (art. 1824 CC). Se da una relación de dependencia funcional o subordinación entre las relaciones jurídicas, de modo que la accesoria no puede existir sin la principal, cuyas vicisitudes le afectan⁵, pero no necesariamente a la inversa. Si la obligación que se garantiza es nula de pleno derecho, lo será también la fianza. De la misma manera, si la primera se extingue, la obligación del fiador también se extinguirá de forma automática (art. 1847 CC). Pero la obligación de fianza se puede extinguir también por las causas generales del art. 1156 CC o por otras causas específicas, subsistiendo la obligación principal garantizada. Además, por imperativo del art. 1826 CC y derivado del carácter accesorio de la fianza, el fiador no

² RIVERO HERNÁNDEZ, F. et al. (2013), p. 317; CASTILLA BAREA, M. (2013), pp. 12462 y 12468-12471; CARRASCO PERERA, A. et al. (2022), pp. 83-84.

³ CASTILLA BAREA, M. (2013), pp. 12463-12464.

⁴ Así lo viene señalando reiteradamente la jurisprudencia. Sirvan como ejemplo dos sentencias separadas en el tiempo: en la STS de 22 de julio de 2002 (RJ 2002/7476) se afirmaba que “*el deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador*”, lo que se ha venido reiterando en posteriores sentencias; y en la reciente STS de 19 de octubre de 2022 (RJ 2022/4498) se argumenta que las únicas partes en la relación jurídica de fianza son el fiador (o los fiadores) y el acreedor de la obligación garantizada, aunque el contrato de fianza extienda sus efectos también sobre el deudor principal.

⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F. et al. (2013), p. 319; CASTILLA BAREA, M. (2013), pp. 12466-12468; CARRASCO PERERA, A. et al. (2022), p. 94.

puede obligarse a más de lo que se obliga el deudor principal, por lo que el límite máximo de la responsabilidad del fiador queda determinado por la propia obligación afianzada.

En la descripción legal del objeto del contrato de fianza se incide en que el fiador se obliga a cumplir en caso de no hacerlo el deudor (*ex. art. 1822 CC*), lo que vendría a ocurrir siempre: el fiador sólo deberá cumplir si la obligación principal ha vencido y el deudor garantizado no ha cumplido. Para algunos autores, esto es lo que define la subsidiariedad⁶, perspectiva que lleva a sostener que se trata de una característica esencial de la fianza. Sin embargo, la subsidiariedad también se ha vinculado a la idea de que, si no se pacta lo contrario, el fiador sólo va a responder cuando el deudor principal no disponga de patrimonio suficiente para pagar la deuda; esto es, el carácter subsidiario se liga al beneficio de orden o excusión⁷, en virtud del cual *“el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor”* (art. 1830 CC)⁸. En este caso, la fianza no sería subsidiaria si se pactara como solidaria o cuando concurrieran otras circunstancias determinantes de que no tenga lugar la excusión (art. 1831 CC).

Dicho de otra manera, si el carácter subsidiario de la fianza se quiere deducir de la existencia del beneficio de excusión, habría que sostener que en la fianza solidaria la nota de subsidiariedad desaparece, pues el fiador pierde dicho beneficio. Pero si se considera que la fianza es subsidiaria puesto que es necesario un incumplimiento previo del deudor principal para que el fiador deba responder, la característica de la subsidiariedad se mantendría aun en los casos en que se pacte como solidaria.

Cuál es el elemento que determina la subsidiariedad tampoco es pacífico en la jurisprudencia. Así, en la STS de 12 de febrero de 2020⁹ se afirma que *“la solidaridad no excluye la subsidiariedad”*¹⁰, pero en la STS de 2 de noviembre de 2021¹¹ se señala que

⁶ DÍEZ-PICAZO, L. (2008), p. 483; CASTILLA BAREA, M. (2013), pp. 12464-12466. El Tribunal Supremo también ha definido la subsidiariedad en el sentido de que el fiador sólo debe cumplir su obligación en caso de que el deudor incumpla la suya [STS de 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020/4565)].

⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2020), p. 334.

⁸ El beneficio de excusión conlleva que el fiador pueda exigir, no sólo que el acreedor lleve a cabo un previo requerimiento de pago al deudor principal, sino que, además, persiga e intente ejecutar el patrimonio del obligado principal antes de proceder a la ejecución del patrimonio del obligado en garantía [GÓMEZ VALENZUELA, M. A. (2021), p. 636].

⁹ RJ 2020/329.

¹⁰ Lo que resulta coherente con lo declarado en la STS de 8 de julio de 2014 (RJ 2014/3731): *“aún en los casos en que se pacta la fianza como solidaria, sigue siendo preciso un incumplimiento previo del deudor principal”*.

¹¹ RJ 2021/5444.

“*la solidaridad elimina la subsidiariedad de la fianza*”, con lo que se está identificado subsidiariedad con excusión y admitiendo que puede haber fianzas no subsidiarias. En todo caso y al margen de la diversidad de pareceres, lo realmente relevante es si, ante la reclamación del acreedor, el fiador puede oponer o no la excusión de los bienes del deudor principal¹². Como ya se ha señalado, no lo podrá hacer si la fianza es solidaria o, entre otras razones, si ha renunciado expresamente a ella¹³. La solidaridad de la fianza ya excluye en sí misma el beneficio de excusión, pues existe una evidente incompatibilidad entre ambos, pero lo cierto es que suele ser habitual que al tiempo que se establece la fianza como solidaria se incluya expresamente la renuncia al beneficio de excusión y orden. Son precisamente estos dos pactos los que cobran especial protagonismo en perspectiva de abusividad y falta de transparencia.

La solidaridad, por tanto, implica que, en caso de incumplimiento, el acreedor se podrá dirigir directamente contra el fiador sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal¹⁴, aunque éste disponga de patrimonio suficiente para responder de la deuda garantizada. Así se recoge expresamente en sede de obligaciones solidarias (según el art. 1144 CC, “*el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente*”), régimen al que se remite el propio art. 1822.II CC al prever la fianza solidaria.

Ahora bien, el hecho de que sea solidaria no significa que la fianza se desnaturalice ni que se asimile completamente a una obligación solidaria. La solidaridad es un simple modo de explicar cómo concurren frente al acreedor los distintos obligados, pero no es una exclusión del régimen de la fianza¹⁵. La relación interna se regirá por las reglas de la fianza, en la que el deudor es el obligado principal y el fiador el garante; y en la relación externa se aplicarán las propias de las obligaciones solidarias y, por ello, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los dos¹⁶. Algunas resoluciones de instancia¹⁷ han

¹² De acuerdo con el art. 1832 CC, el momento en el que se debe oponer esta excepción debe ser inmediatamente después de ser requerido para el pago por el acreedor.

¹³ En el art. 1831 CC se enuncian otros supuestos en los que la excusión no tiene lugar, como en el caso de quiebra o concurso del deudor, o cuando el deudor no pueda ser reclamado judicialmente dentro del Reino.

¹⁴ Así lo viene estableciendo el Alto Tribunal desde hace más de dos décadas, como en las SSTS de 10 de abril de 1995 (RJ 1995/3254) y de 22 de julio de 2002 (RJ 2002/7476).

¹⁵ CARRASCO PERERA, A. et al. (2022), p. 119.

¹⁶ GÓMEZ VALENZUELA, M. A. (2021), p. 638.

¹⁷ Así puede verse la SAP Madrid de 8 de mayo de 2014 (JUR 2014/234995), en la que se considera a la fianza y al préstamo como parte de un mismo contrato y se concluye que “*dado el carácter accesorio del contrato de fianza, que sigue en todo a la obligación principal, el fiador mantiene la misma posición que el deudor principal pues al amparo del art. 1.822 del Código Civil se convierte en codeudor solidario y no*

considerado erróneamente al fiador solidario como a un codeudor de la deuda garantizada que, junto con el deudor principal, formarían parte de un mismo contrato. El Tribunal Supremo, no obstante, ha repetido en innumerables ocasiones que en la fianza solidaria subsisten los dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta, sin que exista una obligación única con pluralidad de deudores¹⁸. A esta idea se volverá más adelante, pues está en estrecha relación con la apuntada consideración de la fianza como contrato y no como cláusula.

Asimismo, nada tiene que ver la forma de responder del fiador con el nacimiento de su obligación. Ésta nace desde que el consentimiento de aquel concurre con el del acreedor y se perfecciona así el contrato de fianza¹⁹; y es que se debe diferenciar el momento en el que nace la obligación del momento en el que comienza la exigibilidad de su responsabilidad. Esto supone que, para oponerse a un eventual control de las cláusulas del contrato de fianza, previo a la exigibilidad, no cabría aducir que la obligación del fiador consumidor aún no ha nacido.

En el caso de que sean una pluralidad de fiadores los que garanticen a un mismo deudor, frente al mismo acreedor y por una misma deuda (supuesto de la cofianza), todos ellos se encontrarán situados en el mismo plano respecto de la obligación principal garantizada²⁰. A menos que se pacte expresamente la solidaridad, la deuda se dividirá entre todos los cofiadores y cada cofiador responderá sólo de la parte proporcional que le corresponda satisfacer (art. 1837.I CC). Se trata de una responsabilidad mancomunada y, por ello, cada uno de ellos puede oponer el beneficio de división frente al acreedor que le reclama una cantidad superior a la parte que le corresponde de la deuda. Esta facultad de los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal (art. 1837.II CC). Por consiguiente, en la cofianza solidaria desaparece esta

sería admisible que en un mismo contrato con dos o más deudores solidarios se apliquen legislaciones distintas según la condición de deudor principal o de fiador”.

¹⁸ Desde la STS de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990/7464) se viene aclarando que, aunque el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, la fianza no queda desnaturalizada y no existe una obligación única con pluralidad de deudores en que se puedan entender refundidas la principal y la accesoria. A esta teoría se refiere en posteriores resoluciones, como en la STS de 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020/4565) o de 3 de marzo de 2021 (RJ 2021/1189).

¹⁹ Por todos, CASTILLA BAREA (2013), p. 12463. Algún autor, sin embargo, afirma que el fiador sólo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla [MARQUÉS MOSQUERA, C. (2014), p. 271]. También se pueden observar ejemplos de resoluciones de instancia en los que se declara que la obligación del fiador sólo nace si el deudor principal incumple, como en la SAP Guipúzcoa de 6 de noviembre de 2015 (JUR 2016/38610).

²⁰ Algunos autores como DÍEZ-PICAZO, L. (2008), p. 514, advierten que la cofianza debe distinguirse del supuesto de la pluralidad de fianzas independientes, en la que los fiadores no tienen ninguna relación entre sí.

facultad, por lo que el acreedor puede exigir la totalidad de la deuda a cualquiera de los cofiadores. Ciertamente, una cosa es el pacto de solidaridad entre los distintos cofiadores y otra distinta que la solidaridad lo sea con respecto al deudor principal²¹. Sería así posible que no procediera división alguna de la deuda entre los cofiadores, pero que éstos pudieran seguir oponiendo la excusión; o que la obligación de los cofiadores fuera solidaria respecto de la del deudor principal, pero que gozaran del beneficio de división. Lo habitual, no obstante, es que concurran ambos tipos de solidaridad y que, por tanto, no puedan oponer ni el beneficio de excusión ni el de división.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES ANTE LAS CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS

Los contratos en los que una de las partes prerredacta e impone el contenido contractual y la otra parte se limita a aceptar, conocidos como “contratos de adhesión” y propios de la contratación en masa, entrañan dos posibles peligros. Por un lado, que haya cláusulas que se introduzcan sin la transparencia debida, impidiendo que el adherente pueda tener un pleno conocimiento sobre la existencia y/o consecuencias de las mismas. Y, por otro lado, que el predisponente, aprovechándose de esta falta de transparencia, consiga situar a la otra parte contratante en una posición menos favorable, generándose así un desequilibrio.

Como es bien conocido, en el Derecho español existen dos cuerpos legales que establecen mecanismos de protección frente a contratos no negociados en todo o en parte: la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 17 de noviembre. La regulación del TRLGDCU (arts. 80 a 91) es el resultado de la transposición²² de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre

²¹ En la STS de 27 de enero de 2020 (RJ 2020/145) se especifica que la fianza “*puede pactarse con el carácter de solidaria, no sólo en cuanto a las obligaciones de los cofiadores entre sí, sino también respecto de la obligación del deudor principal. En este último caso, esto es, si el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal, (...) se observarán las reglas propias de las obligaciones solidarias, las cuales resultan incompatibles con el mismo derecho o beneficio de excusión*”.

²² La transposición se realizó mediante la disposición adicional primera de la LCGC, que modificaba la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ésta ha quedado integrada en la actualidad en el TRLGDCU.

cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13).

La regulación de la LCGC, aplicable a todos los contratos en los que se han utilizado condiciones generales de la contratación²³ con independencia de quiénes sean los contratantes, sólo alcanza a evitar el primero de los riesgos, esto es, la ausencia de transparencia en la incorporación de las cláusulas. Su mecanismo característico de protección es el de la no incorporación de la cláusula no transparente²⁴ (arts. 5 y 7 LCGC). En cambio, el TRLGDCU, que se circunscribe a los contratos celebrados con consumidores, contempla los dos problemas: que se introduzcan cláusulas de manera no transparente (art. 83.II TRLGDCU) y que resulten abusivas para el consumidor (arts. 82 y 83.I TRLGDCU). La consecuencia jurídica, en este caso, será el de la nulidad de pleno derecho de la cláusula no transparente o abusiva²⁵ (art. 83 TRLGDCU).

Además de en la diversidad subjetiva, la extensión del ámbito de aplicación de la LCGC y del TRLGDCU difiere en otro aspecto: en el primero de los casos, para configurar una cláusula contractual no negociada como condición general de la contratación se ha debido redactar para ser incluida en una pluralidad de contratos²⁶ (art. 1.1 LCGC), mientras que en el segundo no es necesario que concorra esta circunstancia. No se tratará, por tanto, de una condición general de la contratación, si la cláusula no negociada se ha redactado para un contrato en particular, pero si éste se ha formalizado con un consumidor, sí resultaría aplicable la regulación del TRLGDCU. En cualquier caso, lo cierto es que, en la práctica,

²³ *Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos* (art. 1.1 LCGC).

²⁴ En el art. 8 LCGC también se contempla la posible nulidad de una condición general de la contratación. Pero ello no supone la introducción de una causa específica de invalidez, pues el precepto se limita a recoger el principio general de nulidad de los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas (art. 6.3 CC) y a considerar nula la condición general que resulte abusiva a la vista de la normativa de protección de los consumidores. Por otra parte, el art. 5.5 LCGC sienta la nulidad de las condiciones generales no transparentes en la contratación con los consumidores, pero ello no es más que el reflejo de lo que se establece en el art. 83.II TRLGDCU.

²⁵ Al tratarse de una nulidad de pleno derecho puede apreciarse de oficio, pero el Tribunal Supremo ha matizado que este control de oficio se debe ejercitar en conexión con la pretensión del consumidor. Puede verse al respecto la STS de 23 de enero de 2020 (RJ 2020/57): *“la apreciación de oficio de la nulidad de una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor puede llevarse a cabo en cualquier tipo de procedimiento judicial pero solo cuando la validez y eficacia de esa cláusula sea relevante para resolver las pretensiones formuladas por las partes”*.

²⁶ Es lo que se suele denominar requisito de *generalidad*. En la STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2020/3088) se puntualiza que la norma no exige que la condición se incorpore a todos los futuros contratos, sino que basta con que sea a una pluralidad de ellos. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, A. (2021), p. 852.

las cláusulas no negociadas en operaciones con consumidores se incluyen en una pluralidad de contratos. Ello hace que, además de en el ámbito del TRLGDCU, entren en el de la LCGC. Otra cosa es que la disciplina de este último texto legal, como se verá, no proporcione en la actualidad ningún mecanismo adicional de protección al consumidor.

1. La falta de negociación

Como se viene señalando, para la aplicación tanto de la LCGC como de la disciplina del TRLGDCU se exige que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente, es decir, el carácter negociado de la cláusula excluye que quede regulada por estos dos cuerpos legales. La Directiva 93/13, en su art. 3.2, describe brevemente cuándo se entiende cumplido el requisito de la falta de negociación²⁷, en concreto, cuando la cláusula *“haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido”*. En el marco de las condiciones generales, la LCGC habla de predisposición e imposición (en su art. 1.1 se refiere a *“cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes”*), lo que viene a coincidir con lo expresado por la Directiva. Se trata de que la cláusula se configure de manera exclusiva por el predisponente y que el adherente tenga que aceptar si desea contratar o no²⁸.

En la jurisprudencia²⁹ se ha cuestionado la incidencia del hecho de que el adherente haya podido escoger entre varias ofertas contractuales distintas o de que no haya discutido la cláusula en cuestión. La STS de 9 de mayo de 2013³⁰ no atribuye relevancia a ninguno de los dos aspectos de cara a entender que existe negociación, pues en la misma se considera tanto que el carácter impuesto de una cláusula o condición general *“no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato”*; como que no es necesario que se observe en el adherente una conducta activa y que vea rechazado su intento de negociar para que pueda apreciarse la imposición. Una cosa, por tanto, es la imposición del contrato en el sentido de obligar

²⁷ La previsión no ha sido incorporada al TRLGDCU.

²⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2002), p 212.

²⁹ En la doctrina, CARRASCO PERERA, A. (2021), pp. 865-866.

³⁰ RJ 2020/3088.

a contratar y otra cosa distinta es la imposición del contenido del contrato (a la que se hace referencia en la normativa), que no está ligada con el ejercicio de la libertad de contratar, sino con la previa inexistencia de una negociación individualizada del mismo.

Igualmente se ha considerado irrelevante a efectos de negociación el nivel de formación de quien se adhiere a un contrato. En este sentido, se lee en la STS de 29 de abril de 2015³¹: *“que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general. La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en los mismos una situación de desvalimiento o ignorancia. Y el empleo de condiciones generales, como se ha visto, es propio de la contratación en masa de bienes y servicios de uso común, sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas”*.

En todo caso, el profesional que afirme que una cláusula ha sido negociada individualmente soporta la carga de la prueba (art. 82.2.II TRLGDCU). Y lo cierto es que prácticamente la única forma de dar por acreditada la posibilidad de incidencia por parte del adherente es que efectivamente haya incidido³². Supuestos que se traen a colación al respecto³³ son el de que pueda probarse que se han modificado las propuestas del empresario, que la cláusula responda a una propuesta del adherente o que se haya aceptado una cláusula a cambio de aceptar o suprimir otras.

Por otra parte, el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o una o varias cláusulas hayan sido objeto de negociación, no excluye la aplicación al resto del contrato ni del régimen sobre abusividad o falta de transparencia (art. 82.2.I TRLGDCU) ni del de condiciones generales (art. 1.2 LCGC)³⁴.

2. La transparencia

Tanto la LCGC como el TRLGDCU inciden en una exigencia de transparencia y lo hacen en unos términos similares. Sin embargo, la jurisprudencia no ha atribuido a tales términos el mismo contenido o significado. En concreto, en sede de condiciones

³¹ RJ 2015/2042.

³² Como señala CARRASCO PERERA, A. (2021), p. 867, lo decisivo es si al final del proceso negociador el adherente modificó o no la cláusula que se le ofrecía “como menú”.

³³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015), pp. 895 y 896; ASUA GONZÁLEZ, C. I. (2018), p. 41.

³⁴ En este caso, precisa el precepto, *“si la apreciación global concluye que se trata de un contrato de adhesión”*.

generales, se ha entendido que la transparencia requerida es sólo una transparencia formal y gramatical, mientras que, bajo la perspectiva de la protección de los consumidores, la transparencia debe ser, además, material.

La transparencia formal o documental hace referencia a la posibilidad y oportunidad real de conocer el contenido contractual y se extiende no sólo a la presencia de la cláusula, sino a su ubicación en el contrato, la tipografía utilizada, etc. La transparencia gramatical supone una exigencia de comprensibilidad desde un punto de vista lingüístico, por lo que habrá que analizar si se ha empleado un lenguaje claro y coherente. Por su parte, la transparencia real o material pretende que el contratante se pueda hacer cargo de la trascendencia económica y jurídica de la cláusula.

Por un lado, en la LCGC se exige un requisito general de cognoscibilidad, es decir, de presencia y de acceso a la cláusula (art. 5.1, 2 y 3, y art.7.a), así como el cumplimiento de los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez (art. 5.5), estableciendo que no se incorporarán al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles (art. 7.b). Por otro lado, el art. 80.1 TRLGDCU exige que las cláusulas no negociadas individualmente cumplan los requisitos de: concreción, claridad y sencillez en su redacción; con posibilidad de comprensión directa (se precisa que sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual); y accesibilidad y legibilidad, de tal forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido (en ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra fuese inferior a los 2,5 milímetros, el espacio entre líneas fuese inferior a los 1,15 milímetros o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura).

Resulta claro que en ambos textos legales puede observarse una exigencia de transparencia formal y gramatical. Hasta la reforma operada en virtud de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en el TRLGDCU no se preveía ninguna consecuencia jurídica para la falta de transparencia, lo que hizo que, en contratos con consumidores, el remedio jurídico frente a ello se residenciara en la

LCGC. Por ello, en el ámbito de consumo se hablaba también de un control de incorporación³⁵, siendo éste el remedio típico o propio de la LCGC (arts. 5 y 7).

Pero el panorama ha cambiado a partir de la mencionada Ley 5/2019. Ahora, en el art. 83.II TRLGDCU se establece que las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho. Por lo tanto, en sede de cláusulas no negociadas en contratos con consumidores, ya se prevé un efecto legal específico para la falta de transparencia: la nulidad. Esta idea tiene reflejo también en la propia LCGC, cuyo art. 5.5 reproduce el tenor del referido art. 83.II TRLGDCU.

Dicho de otro modo, si bien la LCGC ofrecía antes, en tema de cláusulas no negociadas en la contratación con consumidores, un mecanismo de protección propio y necesario (la no inclusión al contrato de la cláusula que no supera el filtro de transparencia), ya no es así. En la actualidad, el control de incorporación referido a la transparencia formal y gramatical tiene su ámbito exclusivo en las condiciones generales de los contratos celebrados entre empresarios³⁶. Las condiciones generales no transparentes en contratos con consumidores son directamente nulas. Es cierto, no obstante, que todavía se dice en la jurisprudencia que *“el control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación”*, tal y como se señala en la reciente STS de 16 de enero de 2023³⁷, pero, en este caso, no sería improcedente puesto que se estaba juzgando el asunto de acuerdo a la normativa anterior. Ahora bien, dicha afirmación ya no se correspondería con el panorama legislativo actual.

Como ya se ha indicado, la transparencia puede referirse también a la comprensibilidad de las consecuencias e implicaciones económicas y jurídicas de una cláusula, que es lo que se denomina transparencia real o material. El Tribunal Supremo, con base en la jurisprudencia del TJUE, viene entendiendo que, en el caso de los contratos con

³⁵ Referencia de esta época es la STS de 9 de mayo de 2013. En la misma, se considera suficiente para superar el control de incorporación que *“la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido”*.

³⁶ La STS de 16 de enero de 2023 (JUR 2023/33918) proporciona un ejemplo reciente de análisis de la transparencia formal y gramatical de una condición general en un contrato entre empresarios. En la decisión se considera que el adherente tuvo oportunidad de conocer la cláusula controvertida por *“estar incluida en una escritura pública y ser gramaticalmente comprensible”*, y se tienen en cuenta aspectos como la utilización de *“letra mayúscula, resaltado en negrita y subrayado”*. Pero, en cualquier caso, se puntualiza que la sencillez y la claridad exigible a la cláusula depende del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual.

³⁷ (JUR 2023/33918).

consumidores, una cláusula no negociada no sólo debe ser transparente formal y gramaticalmente, sino que ha de serlo igualmente en el plano material. Como muestra de la jurisprudencia comunitaria sirva lo que se señala en la STJUE de 26 de febrero de 2015³⁸, en el sentido de que la exigencia de transparencia de la Directiva 93/13 implica que *“un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan”*³⁹.

En lo que hace a la jurisprudencia interna, el Tribunal Supremo ha reiterado esta idea en múltiples ocasiones con afirmaciones como: que en los contratos con consumidores, *“el control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo”*⁴⁰; 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”*⁴¹; que la transparencia se vincula *“con la información que permite al consumidor prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato”*⁴²; o que *“el control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido mediante la inclusión de una condición general (...) cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula”*⁴³.

Como se puede ver, el resultado que se persigue con este control es que el consumidor tenga una completa información sobre la realidad del contenido contractual. Se trata de comprobar que ha podido hacerse una correcta representación de lo establecido en la cláusula y entender su implicación y trascendencia tanto desde un punto de vista jurídico

³⁸ TJCE 2015/93.

³⁹ Ya en decisiones anteriores como en la de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014/105), el TJUE ha señalado que *“la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical”*. En la sentencia se argumenta que el sistema de protección establecido en la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional tanto en lo que atañe a la capacidad de negociación como al nivel de información de que disponen; y es por ello que la exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva.

⁴⁰ STS de 28 de mayo de 2018 (RJ 2018/2281).

⁴¹ STS de 28 de mayo de 2018 (RJ 2018/2281). En los mismos términos, la STS de 19 de abril de 2021 (RJ 2021/1823).

⁴² STS de 6 de noviembre de 2020 (RJ 2020/3857).

⁴³ STS de 16 de enero de 2023 (JUR 2023/33918).

como económico⁴⁴. En cualquier caso, no existen medios tasados para la consecución de este objetivo, pues tal y como se indica en la STS de 6 de octubre de 2020⁴⁵, el adecuado conocimiento de una cláusula y de su trascendencia “*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*”. A este respecto, tanto el TJUE⁴⁶ como nuestro Tribunal Supremo⁴⁷ han puesto de relieve la importancia fundamental que tiene una adecuada y completa información precontractual⁴⁸, puesto que es en esta fase y en base a dicha información facilitada cuando el consumidor decide si contratar o no.

Lo anterior no significa, sin embargo, que las circunstancias personales del consumidor sean irrelevantes. De hecho, aunque la información fuera insuficiente para un consumidor medio, el control de transparencia material se entendería superado si un concreto consumidor tuviera conocimientos suficientes para hacerse cargo de la trascendencia jurídica y económica de una cláusula. Es lo que se ha denominado subjetivización del control de transparencia⁴⁹.

Esta mayor intensidad de la transparencia se conecta con las exigencias de la Directiva 93/13 y, por tanto, se circunscribe a las operaciones de consumo. De ahí que el control de transparencia material esté excluido de los contratos entre empresarios. Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Supremo, siendo reflejo de ello la reciente STS de 16 de enero de 2023⁵⁰: “*la jurisprudencia de esta sala excluye que las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos celebrados entre empresarios puedan ser sometidas*

⁴⁴ La protección de los consumidores y usuarios busca que éstos se embarquen en las operaciones bajo las condiciones regidas por el mercado, pero con una plena información sobre el alcance y los riesgos de tales operaciones [DÍEZ-PICAZO, L. (2010), p. 568].

⁴⁵ RJ 2020/5195.

⁴⁶ En la STJUE de 21 de marzo de 2013 (TJCE 2013/93) se expresa que “*reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información*”. Esta idea se reitera en sus posteriores resoluciones, como en la STJUE de 16 de enero de 2014 (TJCE 2014/7) o en la STJUE de 3 de marzo de 2020 (TJCE 2020/3).

⁴⁷ En la STS de 16 de enero de 2023 (JUR 2023/33918) se recoge que “*es en el marco de este control de transparencia material en el que cobra una relevancia determinante la adecuada y completa información precontractual, así como la oferta vinculante puesta a disposición del adherente*”.

⁴⁸ En el momento previo a la formalización del contrato, también entrarían en juego las normas imperativas vigentes sobre las obligaciones de información en la fase precontractual, por lo que habría que remitirse a la normativa reguladora de las entidades bancarias y financieras.

⁴⁹ AGÜERO ORTIZ (2020), p. 92. La autora realiza un seguimiento de la evolución en este sentido de la jurisprudencia relativa a las cláusulas suelo.

⁵⁰ (JUR 2023/33918).

al control de transparencia (haciendo referencia a la material), que está reservado a contratos en que el adherente es un consumidor”.

En definitiva, en el caso de contratos con consumidores, puede hablarse de diferentes controles de transparencia: un primer control formal y gramatical y un segundo material. Así, una cláusula no negociada puede ser transparente formal y gramaticalmente y no serlo materialmente. De hecho, en la jurisprudencia de los últimos años sobre las cláusulas relativas al interés remuneratorio en contratos de préstamo con garantía hipotecaria, se pone de manifiesto que los problemas de transparencia han afectado fundamentalmente a la vertiente material de la misma⁵¹. Sin embargo, todos estos diferentes niveles o controles de transparencia ahora se sustancian en el campo de la validez, y el control de incorporación queda circunscrito a la contratación entre empresarios y limitado a la mera transparencia formal y gramatical. La interpretación que se realiza en la actualidad sobre las distintas vertientes de la transparencia aparta totalmente la posibilidad de que los profesionales puedan alegar la falta de transparencia de una condición general con motivo en su dificultad de comprensión jurídica o económica.

3. La abusividad

Como ya se ha señalado, el ámbito de la abusividad se circunscribe a la contratación con consumidores (art. 2 TRLGDCU), pero extiende sus efectos a todas las cláusulas contractuales no negociadas, incluyendo las condiciones particulares. El control de abusividad es un control de contenido o de fondo que, en realidad, procede cuando la cláusula haya superado previamente el control de transparencia, puesto que, de no ser así, sería directamente nula por imperativo del art. 83.II TRLGDCU, siendo irrelevante entonces su eventual abusividad.

Con este control de contenido se pretende discernir si la cláusula genera un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe, de tal manera que exista un abuso de su posición por parte del profesional. La Directiva 93/13, en su art. 9.3, las define como aquellas cláusulas no negociadas que *“pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio*

⁵¹ Un análisis de la jurisprudencia relativa a cláusulas suelo, puede verse en AGÜERO ORTIZ (2020), pp. 94 y ss.

importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”, y similares términos son los que se utilizan en el art. 82.1 TRLGDCU.

Se ha discutido sobre si la contravención a la buena fe y el desequilibrio son dos requisitos distintos que deben concurrir conjuntamente o si hay uno de ellos preponderante y del que el otro sería una inevitable consecuencia. Sin entrar en detalle sobre las opiniones doctrinales al respecto⁵², el TJUE⁵³ se ha pronunciado sobre lo que debe tenerse en cuenta a la hora de analizar estos dos elementos, que normalmente se darán de forma cumulativa⁵⁴. En términos generales, lo que se viene a decir es que para determinar si una cláusula causa un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, hay que atender al Derecho nacional dispositivo, es decir, observar si el contenido de la cláusula es diferente (y menos favorable para el consumidor) de lo que las normas dispositivas⁵⁵ aplicables en defecto de pacto entre las partes establecen⁵⁶.

En la STJUE de 16 de enero de 2014⁵⁷, en la que se da respuesta a una cuestión prejudicial relativa a qué debe entenderse por “desequilibrio importante”, se declara que éste *“puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales”*. Se trata de que el juzgador valore, mediante un análisis comparativo, si la cláusula contractual en cuestión restringe los derechos que las normas nacionales le confieren al consumidor o si le impone una obligación adicional no prevista por esas normas. Esta comparación que debe realizarse entre el contenido contractual y lo establecido por las normas dispositivas, será relevante en los posteriores apartados cuando se cuestione si la renuncia, por parte del fiador, de los derechos que se

⁵² Véase CARRASCO PERERA, A. (2021), pp. 879-880; Díez-PICAZO, L. (2007), p. 464; y MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022), pp. 783-784.

⁵³ La doctrina sentada en la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013/89), se reitera posteriormente en las SSTJUE de 16 de enero de 2014 (TJCE 2014/7) y de 26 de enero de 2017 (TJCE 2017/31), entre otras.

⁵⁴ Además de estos dos requisitos, repárese en que, si se considera que una cláusula genera un desequilibrio determinante de abusividad, se entenderá cumplida también la condición de la falta de negociación, pues difícilmente se podrá alegar que la misma ha sido negociada.

⁵⁵ Se hace referencia con ello al conjunto de reglas jurídicas que deberían aplicarse si no existieran las cláusulas predispuestas, por lo que, en virtud del art. 1258 CC, habría que remitirse a la ley, los usos y la buena fe [MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022), p.783].

⁵⁶ Una crítica a este criterio de cara a determinar la abusividad puede verse en CARRASCO PERERA, A. (2021), pp. 881-884.

⁵⁷ TJCE 2014/7.

incluyen en estas normas suponen una separación o no del Derecho dispositivo determinante de un desequilibrio.

Respecto a la cuestión de en qué circunstancias ese desequilibrio se causa en contra de las exigencias de la buena fe, la STJUE de 26 de enero de 2017⁵⁸ precisa que “*el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*”. La buena fe puede entenderse como la guía que sirve para considerar a una cláusula como abusiva cuando ésta no responda a las legítimas expectativas que el consumidor podría esperar respecto a su contenido. El criterio de buena fe impone la protección de confianza legítima del consumidor sobre la realidad del contrato⁵⁹.

Por otra parte, para determinar el posible carácter abusivo de una cláusula, la misma no debe apreciarse de forma aislada, sino que se ha de atender al resto del clausulado del contrato⁶⁰, pues puede ocurrir que con el resto del contenido contractual se compensen o equilibren los derechos del consumidor y las obligaciones a su cargo. También se deberá tener en consideración la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, así como las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del mismo (art. 82.3 TRLGDCU). En suma, el abuso exige una contemplación del conjunto contractual; y es que una valoración conjunta del contrato puede conducir a una conclusión distinta de aquella a la que se llegaría considerando una cláusula individualmente⁶¹.

Además de este criterio general de abusividad (basado en un desequilibrio contrario a la buena fe), el TRLGDCU opta por introducir en sus arts. 85 a 90 una ejemplificación o listado no exhaustivo de cláusulas⁶². Ello ha dado lugar a que se hable⁶³ de una lista de “cláusulas negras” y otra de “cláusulas grises”. Las primeras son aquellas cuya nulidad

⁵⁸ TJCE 2017/31, reiterando la misma idea en otras resoluciones, como en la STJUE de 3 de octubre de 2019 (TJCE 2019/224).

⁵⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022), p. 784.

⁶⁰ Se deben considerar todas las cláusulas contractuales, incluidas las relativas a los elementos esenciales del contrato. Y ello porque, aunque la apreciación del carácter abusivo no debe referirse, en virtud del art. 4.2 de la Directiva 93/13, a las cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni la relación calidad-precio de la mercancía o prestación, en los Considerandos de la misma se manifiesta que sí pueden tenerse en cuenta a la hora de analizar la abusividad de otras cláusulas del contrato.

⁶¹ DÍEZ-PICAZO, L. (2010), p. 594; y CARRASCO PERERA, A. (2021), p. 879.

⁶² Las reglas establecidas en estos preceptos sólo operan si la cláusula no ha sido negociada. No se trata de normas imperativas o prohibitivas en el sentido de que, si la cláusula ha sido efectivamente negociada, no será nula por contravenir dichas reglas.

⁶³ Por todos, CARRASCO PERERA, A. (2021), pp. 869-873; y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015), p. 1106.

resulta del mero contraste literal de su tenor con la regla aplicable, por lo que no están sujetas a una ponderación ulterior adicional⁶⁴. Las segundas⁶⁵, en cambio, son “nichos” habituales de abusividad, contruidos sobre el empleo de conceptos jurídicos indeterminados y que requieren necesariamente una concreción ulterior por el juzgador en función de todas las circunstancias que constituyen el contexto del caso⁶⁶. A estos listados se volverá después para estudiar si las llamadas “cláusulas de extensión del afianzamiento” pueden tener encaje en alguno de los supuestos previstos.

4. La condición de consumidor y profesional

El art. 2 de la Directiva 93/13 define al consumidor como “*toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*”. Como se puede observar, no se incluye en su ámbito obligatorio (se trata de una Directiva de mínimos por lo que el Derecho interno puede ampliar su ámbito protector) a las personas jurídicas. Sin embargo, esta no es la línea que ha seguido nuestro legislador, pues en el art. 3 TRLGDCU se considera también consumidor a aquella persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica siempre que actúe “*sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*”.

En cualquier caso, el concepto de consumidor tiene un carácter objetivo y, tal y como establece el TJUE⁶⁷, es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga. El Juez o Tribunal debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso que puedan demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato⁶⁸ y, en

⁶⁴ Ejemplos de cláusulas negras serían, entre otras, aquellas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad (85.4.I TRLGDCU), o las que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aun cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones (art. 85.5 TRLGDCU).

⁶⁵ Ejemplos de cláusulas grises podrían ser aquellas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida (art. 85.1 TRLGDCU), o las que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable (art. 85.4.II TRLGDCU), entre otras.

⁶⁶ CARRASCO PERERA, A. (2021), pp. 871-872.

⁶⁷ STJUE de 3 de septiembre de 2015 (TJCE 2015/330), doctrina reiterada posteriormente en la STJUE de 21 de marzo de 2018 (TJCE 2018/309), entre otras.

⁶⁸ Es preciso, tal y como se declara en la STJUE de 25 de enero de 2018 (TJCE 2018/25), que el contrato se celebre “*con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo*”.

particular, la naturaleza de dicho bien o servicio. Y es que un mismo sujeto puede ser considerado consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras⁶⁹. No obstante, y como se verá a propósito de la fianza mercantil, no resulta sencillo determinar en todos los casos si el adherente está actuando al margen de una actividad profesional y sólo por fines privados y que, por ello, deba ser considerado consumidor.

Con respecto a la otra parte contratante, resulta obvio que quien realiza la operación con el consumidor debe tener la condición de empresario. Así, tendrá la consideración de empresario aquella persona física o jurídica, ya sea de naturaleza pública o privada, que desarrolle una actividad empresarial y celebre un contrato con un consumidor en el marco de esa actividad⁷⁰. No es preciso que sea comerciante en los términos del art. 1 CCo (que exige habitualidad en el ejercicio) ni que concurra ánimo de lucro⁷¹. Tampoco es relevante si esa actividad es principal o secundaria, siempre que sea profesional⁷². Esta interpretación amplia del concepto de profesional sirve para alcanzar el objetivo de la Directiva 93/13 consistente en proteger al consumidor como parte más débil del contrato.

IV. TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD EN EL CONTRATO DE FIANZA

Como ya se ha indicado al inicio del trabajo, los contratos de garantía no sólo entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13⁷³, sino que el propio TJUE⁷⁴ ha incidido en la especial importancia que tiene la protección que ofrece dicha normativa en

⁶⁹ El TJUE recuerda que hay que poner el foco en el ámbito no profesional de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante. A modo de ejemplo, en la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (TJCE 2015/330) se concluye 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» cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado*”.

⁷⁰ El art. 4 TRLGDCU, lo describe como “*toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”.

⁷¹ En la STJUE de 17 de mayo de 2018 (TJCE 2018/106) se señala que “*el carácter lucrativo de la actividad o el hecho de que la ejerza sin ánimo de lucro la entidad no resulta pertinente por lo que respecta a la definición del concepto de «profesional»*”.

⁷² En la STJUE de 21 de marzo de 2018 (TJCE 2018/309) se declara que el concepto de profesional en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13, “*tiene carácter objetivo y no depende de que el profesional decida contratar como su actividad principal o secundaria y accesorio*”.

⁷³ La Directiva 93/13 excluye expresamente a ciertos contratos de su ámbito de aplicación. Así sucede con los contratos de trabajo, los contratos relativos a los derechos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar, y los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades; pero no lo hace con respecto a los contratos de garantía.

⁷⁴ ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (TJCE 2015/386).

este tipo de contratos en los que el consumidor suele asumir un riesgo financiero difícil de medir.

Se va a pasar a analizar, por tanto, la aplicación del régimen regulador de las cláusulas no negociadas en los contratos con consumidores, a aquellos contratos de fianza preestablecidos por una entidad bancaria y suscritos por un consumidor, cuyo objeto normalmente será garantizar un préstamo concedido al obligado principal. Como revela el análisis de la jurisprudencia, en estos supuestos, se han planteado varios órdenes de problemas:

- En ciertos casos, se ha pretendido la declaración de nulidad de la fianza por abusiva, cuando queda inserta como una cláusula más del contrato de préstamo al que sirve de garantía. Sin embargo, esta pretensión parece resultar incompatible con el hecho de que la fianza se configure como un contrato, pues el control de la abusividad está previsto para cláusulas y no para contratos.
- Dado el carácter accesorio de la fianza con respecto al contrato principal, se ha discutido sobre si la condición de profesional del deudor condicionaba la del fiador y, en caso de no hacerlo, sobre qué circunstancias excluirían que éste quedara protegido por la normativa de consumo.
- Por último, tampoco ha estado libre de controversia la aplicación del régimen protector de los consumidores a las cláusulas insertas en el propio contrato de fianza. Son numerosos los casos en que se ha analizado por la jurisprudencia si las cláusulas relativas al pacto de solidaridad de la fianza y a la renuncia de los beneficios de excusión, orden y división, tan habituales en la práctica bancaria, superan los controles de transparencia y abusividad.

1. ¿Puede resultar abusiva la fianza?

1.1. La naturaleza contractual de la fianza

Como ya se ha señalado con anterioridad, la fianza es un contrato típico regulado en el Código Civil. Sin embargo, las entidades financieras suelen insertar la figura de la fianza en el contrato de préstamo al que está ligada, como si de una cláusula contractual más se

tratara. Esto ha provocado que, en estos casos, se haya puesto en duda la propia naturaleza de la fianza (si tiene la consideración de contrato o de cláusula) y que se haya intentado promover la nulidad de la misma por la vía del régimen previsto para las cláusulas abusivas.

Se pueden observar ejemplos jurisprudenciales de instancia⁷⁵ en los que se reconocía a la fianza y al préstamo, en su conjunto, como un único contrato. En cambio, en otras resoluciones también de instancia⁷⁶, se ha defendido que *“la acción de nulidad de la fianza no puede sustentarse a través de la acción de nulidad por abusividad de las cláusulas contractuales con base en la normativa de consumidores, pues no es parte de un contrato sino un contrato en sí, que liga al fiador con el acreedor”*.

El Tribunal Supremo ha seguido efectivamente esta última línea, señalando de forma rotunda y reiterada que la fianza es, en todo caso, un contrato, y ello al margen de que quede inserto entre las cláusulas de otro contrato del que depende. Así, en la STS de 27 de enero de 2020⁷⁷, relativa a un caso en el que se solicita la nulidad por abusiva de la cláusula de afianzamiento (la pretensión de nulidad se basa en la supuesta existencia de una sobregarantía y en relación a la renuncia de los beneficios de excusión, orden y división), se establece que la fianza se configura *“como un contrato autónomo e independiente y no es una cláusula más del contrato, no siendo posible su impugnación como cláusula abusiva sino promoviendo la nulidad del contrato de fianza”*. A lo que se añade que *“no cabría pretender que el contrato de fianza en su totalidad tenga la consideración de mera cláusula, estipulación o condición general del contrato del préstamo o crédito hipotecario, incluso si se ha documentado conjuntamente en un mismo instrumento público”*. Es decir, el hecho de que la fianza y la obligación principal queden formalizados en un mismo documento no implica que se integren en un mismo contrato, sino que ambos vínculos se mantienen separados y diferenciados.

Siguiendo con la misma tesis, en la STS de 29 de noviembre de 2021⁷⁸ se ha declarado que no cabe pretender que la fianza tenga una naturaleza de cláusula contractual y declarar su íntegra nulidad por abusiva, *“sobre la base de unas acciones que están previstas para*

⁷⁵ Como en la SAP Madrid de 14 de marzo de 2013 (JUR 2013/156399), en la que se indica que no resulta admisible que *“en un mismo contrato con deudores solidarios (refiriéndose así erróneamente al deudor principal y al fiador solidario), se apliquen normativas distintas”*.

⁷⁶ SAP Valencia de 14 de junio de 2016 (JUR 2016/215304).

⁷⁷ RJ 2020/145.

⁷⁸ RJ 2021/5286.

restablecer el equilibrio real de las prestaciones de las partes” y no para obtener la nulidad de los contratos. Y la más reciente STS de 19 de octubre de 2022⁷⁹ ha vuelto a hacer hincapié en la idea de que el contrato de fianza en su totalidad, con independencia de su mayor o menor extensión, no puede tener la consideración de mera cláusula, estipulación o condición general del contrato principal. Por su parte, el TJUE⁸⁰ también ha concluido que, a pesar de que el contrato de garantía sea accesorio, por razón de su objeto, con respecto al principal del que emana la deuda garantizada, *“desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente”*.

En efecto, el deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre acreedor y fiador; sólo estos dos forman parte del contrato de fianza, aunque sus efectos se extiendan también sobre el obligado principal⁸¹, tal y como se explicó al estudiar el régimen de la fianza. Y todo ello al margen de que se trate de una fianza simple o solidaria, puesto que la solidaridad de la fianza no funge la obligación principal con la accesorio, sino que subsiste la concurrencia de los dos vínculos obligatorios distintos⁸².

Todo ello permite concluir sin lugar a duda que la fianza, en sus distintas modalidades, es un contrato en sí mismo que vincula únicamente al fiador con el acreedor y es independiente (aunque accesorio) del contrato principal, sin perjuicio de que en la práctica el pacto de fianza se inserte en este último bajo la denominación de “cláusula de afianzamiento”. Ahora bien, como se verá más adelante, las estipulaciones incluidas en el contrato de fianza sí podrán ser enjuiciadas según lo previsto por el TRLGDCU.

Conviene matizar que el hecho de que se excluya la nulidad de la fianza con fundamento en la normativa de consumo, no es obstáculo, por supuesto, para que el contrato pueda impugnarse a través de las normas generales de nulidad de los contratos (arts. 1300 y ss. CC). Además, en los supuestos en que se impugnen determinadas cláusulas del contrato

⁷⁹ RJ 2022/4498.

⁸⁰ ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (TJCE 2015/386), en el que se da respuesta a una cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de varios preceptos de la Directiva 93/13 y que se plantea en el marco de un litigio sobre un contrato de fianza ligado a un préstamo hipotecario.

⁸¹ En la reciente STS de 21 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3946), se afirma que *“aunque el contrato de fianza extiende sus efectos sobre el acreedor, el deudor y el fiador, sólo son parte del mismo el acreedor y el fiador”*.

⁸² Véase BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2020), donde se sintetiza lo declarado por el TJUE en sus diversas resoluciones respecto a la sustantividad propia que tiene la fianza. Por su parte, el Tribunal Supremo también lo ha señalado, sirva de ejemplo la STS de 27 de enero de 2020 (RJ 2020/145): *“incluso en el supuesto de la impropia denominada “fianza solidaria” no existe una obligación única con pluralidad de deudores (en que se puedan entender refundidas la principal y la accesorio), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta”*.

de fianza, podría ocurrir que, si se declara la nulidad de dichas cláusulas, eventualmente llegara a declararse también la nulidad de todo el contrato; pero ello será así cuando aquella nulidad parcial derive en la inviabilidad de la subsistencia del propio contrato de fianza en su totalidad⁸³. Después se aludirá a si, en tema de anulación del contrato por vicio del consentimiento, la falsa representación sobre las cláusulas de extensión del afianzamiento puede proyectarse sobre (todo) el contrato.

1.2. El excepcional tratamiento de la fianza como cláusula

Existe una salvedad a la imposibilidad de declarar la nulidad de la fianza íntegramente por la vía de la abusividad al no tratarse de una mera cláusula contractual sino un contrato en sí mismo. Y es que, en estos supuestos de contratos de garantía pactados con entidades bancarias, entra en juego uno de los preceptos del TRLGDCU en los que se contiene una cláusula de las denominadas “grises”. En concreto, se trata del art. 88.1, según el cual tendrán la consideración de abusivas, en todo caso, aquellas cláusulas que supongan “*la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido*”.

El Tribunal Supremo asume que, excepcionalmente, la cláusula de afianzamiento pueda reputarse como una cláusula abusiva cuando constituya una sobregarantía prohibida por el art. 88.1 TRLGDCU. Es decir, que lo previsto por este precepto puede ser aplicable al propio contrato de fianza que ha sido incorporado, como si de una cláusula más se tratase, al contrato del que surge la obligación garantizada, que generalmente será un préstamo. Así ocurrirá, dice, cuando pueda apreciarse con claridad una desproporción entre la imposición de dicha garantía (la fianza) y el riesgo asumido por el acreedor en contra de las exigencias de la buena fe contractual⁸⁴.

Esta interpretación extensiva de la norma⁸⁵, reflejo del principio *pro consumatore* y que permite analizar la posible abusividad o falta de transparencia de la garantía fideiusoria en su totalidad, se basa en la interdependencia causal existente entre esta última y la obligación principal⁸⁶. En palabras del Alto Tribunal, “*existe una dependencia funcional*

⁸³ STS de 27 de enero de 2020 (RJ 2020/145).

⁸⁴ En la STS de 21 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3946) se recoge esta doctrina jurisprudencial que se venía plasmando en anteriores resoluciones.

⁸⁵ Según el tenor del art. 88 TRLGDCU, la tacha de abusividad se predica respecto de las “cláusulas” que constituyan la imposición de garantías desproporcionadas, y no del íntegro contrato de garantía que las contenga.

⁸⁶ STS de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020/329).

*de la obligación accesoria respecto de la principal, por razón de la finalidad de garantía de aquella que, si bien no determina que dichos vínculos obligacionales lleguen a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, sí determina su participación o integración en una relación negocial compleja y unitaria*⁸⁷. Esta estrecha dependencia del contrato de fianza respecto al contrato de préstamo se traduce “*en el hecho de que el riesgo asumido por el fiador queda definido comúnmente por la prestación que integra la obligación del deudor principal, en el hecho de la contextualidad o coetaneidad de ambos contratos, en su formalización conjunta en un mismo documento, y en el hecho de que el común acreedor es el que como oferente profesional impone y predispone la redacción de los términos del afianzamiento*”⁸⁸.

La ya referida STS de 27 de enero de 2020⁸⁹, que trata el caso de un crédito hipotecario con pacto de afianzamiento, señala que para valorar la desproporción entre las garantías pactadas (en concreto, respecto de la fianza) y el riesgo asumido por la entidad acreditante, se deben tener en cuenta diversos factores como los siguientes⁹⁰: a) el importe de la cantidad garantizada mediante la hipoteca; b) la tasación de los inmuebles hipotecados; c) la cantidad no cubierta por dicha garantía real; d) el riesgo de depreciación del inmueble hipotecado; e) la solvencia personal del deudor principal; f) la correlación entre las mayores garantías y el menor tipo de interés remuneratorio pactado en el crédito como compensación a la disminución del riesgo para el acreedor⁹¹; g) el ajuste o no a su normativa específica⁹²; etc. En ese asunto concreto, el Tribunal Supremo tiene en cuenta que la hipoteca constituida no llega a cubrir la totalidad de la responsabilidad derivada

⁸⁷ Así lo declara en la STS de 19 de octubre de 2022 (RJ 2022/4498), en la que se recopila la jurisprudencia asentada por este Tribunal sobre ello hasta el momento.

⁸⁸ STS de 21 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3946).

⁸⁹ RJ 2020/145. Se trataba de una operación de crédito con garantía hipotecaria, a la que se añadía la constitución de una cofianza solidaria suscrita por dos fiadores.

⁹⁰ No se trata de una lista exhaustiva, sino de unos criterios orientadores que pueden servir para realizar dicha valoración.

⁹¹ A esto añade que la Directiva 93/13 permite tener en cuenta no sólo todas las cláusulas del contrato sino también las de “*otro contrato del que dependa*”, incluyendo las relativas al precio, pues tal y como señala uno de los considerados de la Directiva, si bien “*la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a las cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación*”, sí podrán tenerse en cuenta a la hora de apreciar el carácter abusivo de otras cláusulas del contrato.

⁹² Sobre este último aspecto, el propio art. 88.1.II TRLGDCU señala que “*se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica*”, por lo que es necesario prestar atención a lo que establece la diversa normativa sobre entidades financieras a la hora de identificar si la fianza constituye una desproporción en el marco de ese negocio jurídico concreto. Habría que observar lo dispuesto por la Ley Hipotecaria; la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; o la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; entre otras.

del crédito por todos los conceptos y que, además, no hay datos relativos a la solvencia de los deudores, a la alta improbabilidad de insuficiencia del valor de la finca hipotecada ni a la ausencia de disminución del tipo de interés correlativa a la mayor garantía que representa la fianza, que permitan concluir que exista una desproporción.

En cualquier caso, no debe olvidarse que la mera existencia de varias garantías respecto de un mismo crédito no supone que automáticamente se incurra en una situación de sobregarantía. De hecho, el propio Código Civil en su art. 1844 permite la concurrencia de dos o más fiadores para garantizar una misma deuda. Como consecuencia, la posibilidad de declarar nula la fianza por tratarse de una garantía desproporcionada debe resolverse casuísticamente y examinar las circunstancias que rodean tanto al propio contrato de fianza como al contrato del que depende⁹³.

La validez de la cláusula de afianzamiento en sí misma considerada, por tanto, no puede enjuiciarse desde la perspectiva de ningún otro supuesto de abusividad recogido en el TRLGDCU ni desde el criterio general previsto en su art. 82. El análisis de validez sólo puede residir, *ex art. 88.1 TRLGDCU*, en la proporcionalidad de la garantía (la fianza) respecto al riesgo asumido por el acreedor y al resto de circunstancias del caso⁹⁴.

2. Criterios para la consideración del fiador como consumidor

2.1. La irrelevancia del carácter del deudor principal y de la naturaleza de su obligación

La consecuencia directa de que el contrato de fianza y el de préstamo mantengan su independencia al margen de su accesoriedad, es que al primero se le puede aplicar un régimen normativo distinto en función de la condición que ostente el fiador, sin perjuicio del que resulte aplicable al segundo. Sin embargo, durante un tiempo, ha habido controversia sobre si la calificación del obligado principal como profesional condicionaba la del garante.

Se pueden encontrar resoluciones de instancia a favor de una tesis afirmativa, en las que se entiende que los fiadores quedan afectados por la naturaleza de la obligación

⁹³ El art. 82.3 TRLGDCU establece que para determinar el carácter abusivo de una cláusula debe atenderse, no sólo a todas las demás cláusulas del mismo contrato, sino también a las del contrato del que dependa.

⁹⁴ Resulta interesante el examen que realizan CEPERO ARÁNGUEZ, M.A. y ESTRADA NOVO, M. (2020) sobre las pautas y directrices que deben guiar el enjuiciamiento de las cláusulas de afianzamiento a la luz de la STS de 27 de enero de 2020 (RJ 2020/145).

principal⁹⁵. Como consecuencia, si el objeto de un préstamo está vinculado a una actividad empresarial o profesional, al fiador le debería quedar vetada la aplicación de las normas sobre consumidores y usuarios. Este razonamiento gravitaba sobre la accesoriidad de la fianza, entendiendo que el afianzamiento debía tener el mismo régimen jurídico que el del préstamo simplemente por ser accesorio a éste⁹⁶. Pero ya es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que los contratos de fianza entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, incluso en el caso de que el contrato del que nace la obligación garantizada sea una operación mercantil⁹⁷.

La primera decisión al respecto fue la STS de 27 de enero de 2020⁹⁸. En la misma, partiendo de la base de que la fianza origina un vínculo obligatorio distinto del contrato principal con el que está relacionado⁹⁹, se aclara que la calidad con la que actúan los fiadores debe apreciarse únicamente respecto del contrato de fianza del que forman parte¹⁰⁰. Esto significa que se debe valorar si en esa concreta relación contractual han actuado o no al margen de su actividad empresarial o profesional y, en función de ello, si ostentan la consideración de consumidor o no. La condición de profesional del deudor no se traslada al fiador, quien no deberá tener *per se* ese mismo carácter y, como consecuencia, la exclusión de las normas tuitivas de los consumidores al contrato de préstamo no implica que tampoco puedan aplicarse al contrato de fianza.

2.2. Las circunstancias que excluyen la condición de consumidor del fiador

Como es sabido, en virtud del art. 3 TRLGDCU, las personas físicas tendrán la consideración de consumidoras cuando actúen con un propósito ajeno a su actividad

⁹⁵ Como en la SAP Pontevedra de 15 de febrero de 2016 (JUR 2016/50889), en la que se dice que “*si el fiador afianza una obligación no sometida a la regulación protectora de consumidores, el fiador no puede desvincularse del estatuto jurídico por el que se rige la obligación principal*”.

⁹⁶ A esta conclusión se llega, por ejemplo, en la SAP Madrid de 14 de marzo de 2013 (JUR 2013/156399): “*dado el carácter accesorio del contrato de fianza, que sigue en todo a la obligación principal, el fiador mantiene una misma posición que el deudor principal*”.

⁹⁷ Esta doctrina se recoge en las SSTS de 27 de enero de 2020 (RJ 2020/145) y de 29 de noviembre de 2021 (RJ 2021/5286), así como en la reciente STS de 21 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3946).

⁹⁸ RJ 2020/145.

⁹⁹ La STS de 27 de enero de 2020 (RJ 2020/145) afirma que la función de garantía de la fianza se cumple “*mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio, distinto, aunque accesorio de la obligación principal, dotado de contenido propio*”. Y añade que “*el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia, lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores*”.

¹⁰⁰ Así se viene señalando por la jurisprudencia comunitaria desde la STJCE de 17 de marzo de 1998 (TJCE 1998/52), en la que se declara que la condición de consumidor debe apreciarse, no en el contrato principal, sino en el propio contrato de garantía o fianza.

comercial, empresarial, oficio o profesión. Sin embargo, hay ciertos supuestos en los que no resulta sencillo determinar si el fiador está actuando realmente por fines privados y fuera de ese ámbito profesional o empresarial.

Ello ocurre en el caso de la fianza mercantil, aquella que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil aun cuando el fiador no sea comerciante (art. 439 CCo). Sería, por tanto, mercantil, la fianza que garantiza un préstamo concedido a una sociedad mercantil para el desarrollo de su actividad. Pero esta circunstancia no excluye por sí misma a la fianza del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. El TJUE ha señalado¹⁰¹ que la normativa sobre cláusulas abusivas sí puede aplicarse a un contrato 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*”.

Esta doctrina la ha recogido el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias¹⁰², entre ellas, la de 21 de octubre de 2022¹⁰³, en la que se declara que “*una vez deslindado, por razón de su autonomía propia, el contrato de fianza del contrato de crédito del que surge la obligación asegurada, ningún inconveniente hay para aplicar al fiador que actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial (y que carece de vínculos funcionales con la sociedad mercantil en caso de tener esta condición la prestataria) el régimen jurídico de protección de los consumidores derivado de la Directiva 93/13/CEE*”.

Por tanto, lo determinante vienen a ser los *vínculos funcionales* con el deudor principal, de manera que, si concurren, el fiador quedará excluido del concepto de consumidor. El TJUE ha entendido que dicho vínculo existe cuando el fiador forma parte de la gerencia de la sociedad o cuando ostenta una participación significativa en su capital social¹⁰⁴. El Tribunal Supremo, acogiéndose a la jurisprudencia comunitaria, ha establecido, *obiter dictum*, que todos los administradores de una sociedad habrán de ser considerados

¹⁰¹ ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (TJCE 2015/386).

¹⁰² Véase la STS de 27 de enero de 2020 (RJ 2020/145) o la de 29 de noviembre de 2021 (RJ 2021/5286).

¹⁰³ ECLI:ES:TS:2022:3946.

¹⁰⁴ Así lo estableció en el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (TJCE 2015/386), y lo reiteró posteriormente en el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (TJCE 2016/329).

empresarios¹⁰⁵. No obstante, no ha llegado a precisar a partir de qué momento puede decirse que la participación en una sociedad es significativa.

El Alto Tribunal no se rige por unos cifras o porcentajes concretos, sino que ha ido resolviendo sobre ello casuísticamente. En la STS de 28 de mayo de 2018¹⁰⁶ se limita a señalar que *“lo determinante a estos efectos será, o bien 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, o bien que el socio en cuestión tenga un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza”*. En el caso, se considera que dos de los fiadores¹⁰⁷ tenían una vinculación funcional con la empresa prestataria, con base en dos razones: a) que cada uno de ellos participaba en un 25% del capital social (lo que se considera relevante), y b) que la finalidad del préstamo fue la financiación del activo circulante de la empresa, por lo que los socios también tenían responsabilidad en su infra-capitalización. De aquí se desprende que no sólo hay que atender a la posible vinculación directa, sino también a la finalidad de la operación que se garantiza. Aunque el fiador no desempeñe ningún cargo orgánico ni tenga una participación significativa en la sociedad, se puede beneficiar de dicha operación de algún otro modo.

En efecto, esto último sucede cuando el fiador no es administrador ni socio de la empresa prestataria, pero resulta ser cónyuge de quien sí lo es, pues puede ocurrir que no esté interviniendo con fines puramente privados en esa operación. Sobre ello se pronuncia la STS de 7 de noviembre de 2017¹⁰⁸, en un supuesto en el que la fiadora era cónyuge del deudor principal empresario que había contratado un préstamo para financiar actividades relacionadas con su profesión. En el enjuiciamiento de la cuestión, el Alto Tribunal

¹⁰⁵ STS de 28 de mayo de 2018 (RJ 2018/2281): *“Con el término «gerencia» que utiliza el TJUE debemos entender cualquier modalidad de administración de la sociedad, por lo que, en cualquier modalidad de sistema de administración, quien participa directamente en la toma de decisiones de la empresa tiene vínculo funcional con ella. Es decir, a estos efectos, todos los administradores, sean del tipo que sean, han de considerarse empresarios y no consumidores.”* En similar sentido, STS de 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020/4576): *“Cuando el fiador es administrador o gerente de la persona jurídica deudora principal no puede tener la condición de consumidor, porque tiene vinculación funcional con dicha persona jurídica y, por tanto, con la operación financiera o crediticia”*.

¹⁰⁶ RJ 2018/2281.

¹⁰⁷ Se trata de un supuesto de cofianza, por lo que, al haber una pluralidad de contratantes se requiere de un análisis diferenciado. Es por ello que se debe concretar respecto de cada uno de los cofiadores intervinientes si tienen la condición de consumidor o no. Como consecuencia, algunas cláusulas del contrato podrán ser inoponibles frente a alguno de ellos (de hecho, esto es lo que sucede en este supuesto, en el que el Tribunal Supremo reconoce la condición de consumidora sólo a una fiadora), manteniendo su plena eficacia frente a los demás.

¹⁰⁸ RJ 2017/4763.

atiende al régimen económico matrimonial que rige entre los cónyuges: dado que, en este caso, están casados en régimen de gananciales y el patrimonio ganancial adquirido con las resultas del comercio¹⁰⁹ se vería afectado por las obligaciones contraídas en ejercicio del mismo, se concluye que no es ajena a las deudas que se refinancian y que ostenta, por tanto, vínculos funcionales con la operación empresarial en cuyo marco se solicitó el préstamo. A la misma conclusión se llega en la STS de 28 de mayo de 2020¹¹⁰, en la que se niega la cualidad legal de consumidora a la fiadora que está casada en régimen de gananciales con el administrador y socio único de la sociedad prestataria.

¿Y qué ocurre cuando el régimen económico no es el de gananciales sino el de separación de bienes? Este caso se resuelve, por primera vez, en la STS de 12 de noviembre de 2020¹¹¹, y se entendió, a la vista de los entonces vigentes arts. 6 y 7 CCo que “*a falta de prueba sobre el consentimiento expreso de los cónyuges en separación de bienes para el ejercicio del comercio por sus respectivos cónyuges, no cabe negarles la condición legal de consumidores*”¹¹². En definitiva, el criterio que se ha venido utilizando para determinar la condición de consumidor o profesional de los cónyuges fiadores es el sistema de responsabilidad establecido por la normativa aplicable¹¹³ para los casos en que uno de los cónyuges ejerza el comercio.

En último lugar, ya se ha comentado que nada obsta para que las personas jurídicas puedan ser consideradas consumidoras siempre que cumplan los requisitos para ello (actuar sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial). Si actúan en calidad de garantes, estos requisitos se materializan en que lo hagan por

¹⁰⁹Así resultaba anteriormente conforme a los arts. 6 y 7 CCo. Estos preceptos han sido derogados por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que también ha dado una nueva redacción al art. 1365.2ª CC, eliminando la remisión al Código de Comercio. Ahora se reside en el Código Civil o, en su caso, en la legislación autonómica correspondiente, todo el régimen de responsabilidad de los bienes gananciales por ejercicio de la profesión, arte u oficio; con independencia, por tanto, de que el profesional pueda ser calificado o no de comerciante.

¹¹⁰ RJ 2020/1345.

¹¹¹ RJ 2020/4576. En este supuesto, los fiadores no están vinculados directamente con la sociedad mercantil prestataria, pero sus cónyuges son administradores y socios al 50% de la misma. Sin embargo, no se aprecia que los fiadores tengan una vinculación funcional con la sociedad deudora principal puesto que, de acuerdo con su régimen económico matrimonial, los bienes propios del cónyuge no quedan sujetos a las resultas del comercio a menos que medie el consentimiento expreso de éste.

¹¹² Ante un caso similar, en la STS de 26 de octubre de 2022 (RJ 2022/4669) se resuelve en base al mismo argumento: “*no cabe considerar que la fiadora (casada en separación de bienes) tuviera vinculación funcional con el negocio mercantil (...), lo que unido a que no consta que desempeñara ningún cargo orgánico o de gerencia en la sociedad prestataria, ni que tuviera participación en la misma, implica que no quepa excluir su cualidad de consumidora*”.

¹¹³ Ahora, tras la derogación de los arts. 6 y 7 CCo por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, esa normativa será la del Código Civil o la del Derecho Civil autonómico correspondiente.

motivos altruistas en esa operación específica, y, en caso de tratarse de una fianza mercantil, que no tengan una participación significativa en el capital social de la prestataria ni formen parte de su órgano de administración. No obstante, hay que tener en cuenta que ciertas personas jurídicas, por su propia naturaleza, tienen ánimo de lucro, tal y como sucede con las sociedades mercantiles de capital¹¹⁴. Por lo que, a pesar de que éstas no tuvieran vinculación funcional alguna con el deudor principal, cabe sostener que no podrían tener la condición de consumidoras¹¹⁵.

3. La falta de transparencia o eventual abusividad del pacto de solidaridad y la renuncia a los beneficios de excusión, orden y división

Como ya se ha señalado, el hecho de que, en términos generales, no pueda sustentarse la nulidad de la fianza con base en el art. 83 TRLGDCU, no impide que alguna o algunas de las cláusulas integradas en el propio contrato de fianza puedan declararse nulas por abusivas o por falta de transparencia. Así, se lee en la STS de 27 de enero de 2020¹¹⁶, respecto de los contratos de fianza, que *“sí podrán estimarse abusivas o contrarias a normas imperativas, determinadas cláusulas contractuales o condiciones generales de la contratación que se integren en el mismo (...)”* y que *“dada la subsunción de los contratos de fianza en que el fiador actúe como consumidor en el ámbito de la Directiva 13/93/CEE, cabe la posibilidad de extender los controles de incorporación y transparencia material a las cláusulas de los contratos de fianza y, entre ellas, a la cláusula de renuncia de los beneficios de excusión, orden y división, en cuanto afectantes a las obligaciones de pago del fiador”*. Ideas que, de un modo más resumido, se expresan igualmente en la STS de 12 de febrero de 2020¹¹⁷: *“el pacto de fianza accesorio de un préstamo, si está concertado por un consumidor, no es necesariamente nulo, sino que es*

¹¹⁴ Así, en la STS de 20 de enero de 2020 (RJ 2020/819) declara que *“toda sociedad de responsabilidad limitada será siempre mercantil y, por consiguiente, tendrá la consideración de empresario”*; y en la STS de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020/328) señala que *“es patente que la demandante, en cuanto que sociedad mercantil de capital, carecía de la cualidad legal de consumidora. De donde resulta la improcedencia de los controles de transparencia y abusividad, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala”*. Hay que matizar, sin embargo, que en ambos casos las sociedades de capital eran las prestatarias y que el Tribunal Supremo aún no se ha pronunciado respecto de algún supuesto en que una sociedad mercantil actúe en calidad de fiadora.

¹¹⁵ MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022), p. 768.

¹¹⁶ RJ 2020/145.

¹¹⁷ RJ 2020/329.

susceptible de los controles de incorporación, transparencia y contenido propios de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores”.

Por su gran habitualidad en la práctica bancaria, las cláusulas predispuestas que han causado más controversia en clave de abusividad o de falta de transparencia, son el pacto de solidaridad de la fianza y la renuncia a los beneficios de excusión, orden y división (conocidas como “cláusulas de extensión del afianzamiento”), que persiguen vincular con una mayor intensidad al fiador y proporcionan a la entidad bancaria una mayor seguridad de satisfacción de su derecho. Esto supone que el fiador se coloca, *de facto*, en la misma posición que el deudor, pues el carácter solidario de la fianza implica que el acreedor podrá dirigirse directamente contra el fiador sin que sea necesaria una reclamación previa al deudor principal, esto es, que el vencimiento de la obligación principal provoca la inmediata exigibilidad de la obligación del fiador¹¹⁸. De ahí que la solidaridad en la fianza ya excluya por sí misma que el fiador pueda oponer el beneficio de excusión cuando el acreedor le reclama el pago y que, tal y como destaca la STS de 2 de noviembre de 2021¹¹⁹, “una cláusula que, al mismo tiempo, establece la solidaridad de la fianza y la renuncia al beneficio de excusión es, cuando menos, redundante”. Aun así, hay una tendencia a recoger la solidaridad junto con la renuncia a dichos beneficios de manera expresa en el contrato.

3.1. El requisito de la transparencia

Las entidades bancarias, en la gran mayoría de los casos, ofrecen un contrato predispuesto al fiador que éste se limita a firmar sin tener posibilidad alguna de negociar su contenido¹²⁰. Sobre las cláusulas del mismo deberá hacerse, por tanto, el control de transparencia establecido por el TRLGDCU, que tiene como finalidad calibrar tanto una transparencia formal y gramatical, como una transparencia material¹²¹. Téngase presente que, aunque siga siendo habitual hablar de un control de incorporación de cara a enjuiciar la transparencia formal y gramatical, a la vista del art. 83.II TRLGDCU, en la contratación

¹¹⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022), p. 808.

¹¹⁹ RJ 2021/5444.

¹²⁰ Los bancos también pueden ofrecer al fiador varios modelos de contratos predispuestos entre los que pueda elegir, pero, como ya se señaló, esto no excluye el carácter no negociado de las cláusulas insertas en el concreto contrato que finalmente decida suscribir.

¹²¹ Recuérdese que, si el contrato de fianza se formaliza entre profesionales, habría que acudir al control de incorporación previsto por la LCGC que incluye únicamente la transparencia formal y gramatical, pero este supuesto queda fuera del objeto de estudio.

con consumidores y sea o no la cláusula una condición general de la contratación, el control de cualquier tipo de transparencia es un control de validez.

El primer filtro de transparencia pasa por comprobar que las cláusulas sean accesibles, que estén redactadas de forma clara y concreta, que se utilicen términos sencillos y de fácil comprensión, etc. A modo de ejemplo, en la STS de 27 de enero de 2020¹²² se entiende que los términos de la fianza son claros puesto que *“no contiene una exposición farragosa e innecesariamente extensa u oscura; se encabeza con un epígrafe breve e inequívoco que aparece destacado en mayúsculas y negrita...”*; y en la STS de 19 de octubre de 2022¹²³ se estima que se supera dicho control de transparencia simple justificándolo en que *“la cláusula se encabeza con una rúbrica breve e inequívoca, que al ir en negrita se resalta con toda claridad”* y que *“está redactada en términos claros”*. Lo cierto es que ya no es habitual que las cláusulas no negociadas insertas en los contratos con consumidores puedan ser tachadas de falta de transparencia formal o gramatical.

Más problemática resulta la superación del control de transparencia material que, como se recordará, la jurisprudencia ha circunscrito a los contratos de consumo. En virtud de dicho control, las cláusulas contractuales deben ser comprensibles en el sentido de que permitan al fiador consumidor conocer las consecuencias que pueden derivar para él¹²⁴. Llevando esta idea general a las cláusulas de extensión de afianzamiento, en la STS de 12 de febrero de 2020¹²⁵ se determina que lo relevante para su análisis es *“que el fiador comprenda su carga jurídica y económica, es decir, que sea consciente de que si el deudor principal no paga, responderá en sus mismas condiciones y el acreedor podrá dirigirse contra él por la totalidad de la deuda pendiente”*¹²⁶. En el caso concreto que resuelve la sentencia, se considera que la fiadora conocía que podrían dirigirse indistintamente contra el patrimonio del deudor y contra el suyo porque, además de que la redacción de la cláusula era fácilmente comprensible, era coprestataria solidaria en otros dos préstamos (circunstancia de la que se deriva que conocía la funcionalidad de la fianza solidaria).

¹²² RJ 2020/145.

¹²³ RJ 2022/4498.

¹²⁴ GÓMEZ VALENZUELA, M. A. (2021), p. 653.

¹²⁵ RJ 2020/329.

¹²⁶ Planteamiento al que se remite en posteriores resoluciones como en la STS de 29 de noviembre de 2021 (RJ 2021/5286).

La finalidad de que el fiador tenga conocimiento suficiente de las consecuencias jurídicas y económicas de las cláusulas no es tanto que tenga posibilidad de comparar ofertas sino de conocer el alcance del riesgo asumido¹²⁷, por lo que es preciso verificar que se han comunicado al consumidor todos los elementos que puedan incidir en el alcance de su compromiso. Lo relevante, por tanto, es que el fiador haya recibido una explicación clara sobre la significación jurídica y económica del pacto de solidaridad y de la renuncia a los beneficios, tanto en la fase precontractual como de manera expresa en el contrato.

En este sentido, en la STS de 29 de noviembre de 2021¹²⁸ se señala que el compromiso obligacional del fiador, en cuanto a su contenido esencial de garantía, debe estar delimitado de forma concreta, *“sin que su conocimiento y posibilidad de comprensión quede dificultada por la extensión, oscuridad o lo farragoso de su contenido”*; si bien esto último parece recordar más a la vertiente simple de la transparencia. En dicha resolución se añade que las cláusulas controvertidas¹²⁹ superan el control de transparencia material ya que *“el convenio de fianza litigioso no es complejo, de forma que para su comprensión no son necesarios conocimientos financieros o económicos especiales”*.

No obstante, pueden observarse algunas sentencias de instancia en las que se declara que las referidas cláusulas no superan el control de la transparencia material¹³⁰, como en la SAP Álava de 12 de junio de 2017¹³¹: *“deducimos que sabía en qué consistía el contrato de fianza, lo que no sabía era que al renunciar a los beneficios de orden y excusión, y tratarse de una fianza solidaria se le reclamaría conjuntamente con la prestataria principal sin ser necesario reclamar a ésta otros bienes de su propiedad”*; a lo que sigue que *“el actor no tenía forma de suplir esa falta de información por otros medios”*.

A pesar de que se ha señalado que lo relevante es que el fiador haya recibido una explicación sobre el significado y trascendencia de la cláusula, podría ocurrir que, no habiéndola recibido, tuviera conocimientos suficientes para hacerse cargo del asunto. En tal caso, habría de entenderse superado el juicio de transparencia material, pues como ya se ha visto, el Tribunal Supremo viene asumiendo una concepción subjetiva del control de transparencia. Por consiguiente, el criterio que se utiliza para determinar si las

¹²⁷ SSTS de 28 de mayo de 2018 (RJ 2018/2281) y de 27 de enero de 2020 (RJ 2020/145).

¹²⁸ RJ 2021/5286.

¹²⁹ Las relativas al pacto de solidaridad de la fianza y a las renunciaciones a los derechos de excusión, orden y división.

¹³⁰ Puede verse en JUAN GÓMEZ, M. C. (2022), el análisis de otras sentencias de instancia en las que se impugna las cláusulas de extensión del afianzamiento por falta de transparencia material.

¹³¹ AC 2017/494.

cláusulas de extensión del afianzamiento superan el control de transparencia material, esto es, la efectiva comprensibilidad de su significado y trascendencia para un consumidor medio (o para ese concreto consumidor si su formación o conocimientos son superiores), es el mismo que permitiría argumentar que ha habido un error excusable¹³² de cara a la anulación del contrato. Ahora bien, las consecuencias del juicio de comprensibilidad en un caso u otro son distintas: si se considera que una cláusula no es transparente, la misma deviene nula; pero la anulación por falsa representación sería de todo el contrato, pues hasta ahora y a reserva de lo que enseguida se señalará, la nulidad relativa o anulabilidad no puede ser parcial¹³³. Por tanto, para poder anular un contrato por vicio del consentimiento respecto de alguna cláusula, el vicio debería haber sido determinante de la contratación. Es lo que se denomina esencialidad en el error (art. 1266 CC)¹³⁴.

En la STS de 1 de julio de 2019¹³⁵, aunque no se razonó sobre la esencialidad del error, sí se hizo respecto a su excusabilidad y precisamente en unos términos similares a los que hubieran correspondido con el control de transparencia material. En el caso, se instaba la anulación del contrato por falsa representación, alegando que se tenía el convencimiento de que *“la fianza constituida no acarrea la persecución de su patrimonio sino después de haber pretendido, infructuosamente, hacer efectiva la deuda frente al deudor principal, el inmueble hipotecado, la totalidad de su patrimonio, de forma junta con otros fiadores”*. Pero el Tribunal Supremo rechaza la anulación de la fianza con el siguiente razonamiento: *“El error, en todo caso, resulta inexcusable. Las cláusulas en cuestión, aunque extensas y algo reiterativas, resultan claras y comprensibles, sin mayores dificultades, para una abogada en ejercicio que, por razón de su profesión, debe conocer el instituto de la fianza y la posible renuncia, y sus efectos, de los beneficios concedidos por el Código Civil al fiador. Máxime cuando estas cláusulas, con renuncia a dichos derechos, suelen ser habituales en las garantías personales que suelen exigirse para la concesión de los préstamos”*.

¹³² Sobre la excusabilidad del error, CARRASCO PERERA, A. (2022), pp. 331 y ss.

¹³³ STS de 17 de febrero de 2017 (RJ 2017/590).

¹³⁴ Puede verse al respecto la STS de 6 de febrero de 2020 (RJ 2020/313), en la que se resume la doctrina asentada sobre el significado de este requisito. En el caso del dolo, el art. 1269 CC exige que el mismo haya sido determinante de la celebración del contrato. Sobre la esencialidad del error, CARRASCO PERERA, A. (2022), pp. 328 y ss.

¹³⁵ RJ 2019/3132.

En cambio, el hecho de que el error deba ser esencial sí resultó determinante en la STS de 2 de noviembre de 2021¹³⁶, que resolvía un caso en el que también se instaba la nulidad de toda la fianza por vicio del consentimiento, aduciendo que los fiadores no estaban correctamente informados sobre el alcance de la solidaridad de la fianza y de la renuncia a los beneficios de excusión, orden y división. El Tribunal Supremo entendió que, dado que ninguna de las dos cláusulas (el pacto de solidaridad y la renuncia a los beneficios) recaen sobre elementos esenciales del contrato de fianza, no concurría el requisito de esencialidad del error y, por tanto, no podía estimarse la existencia de vicio del consentimiento: *“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 CC, entre los que se encuentran expresamente la renuncia a este beneficio y que el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor”*.

La sentencia a la que se acaba de hacer referencia es muy reseñable ya que aborda la cuestión de la falsa representación de las cláusulas de extensión del afianzamiento de cara a la anulación de (todo) el contrato de fianza. Además, parece apuntar a la posibilidad de alegar vicio del consentimiento respecto de las cláusulas, pretendiendo sólo la anulación de las mismas: *“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”*. Aunque lo cierto es que, hasta el momento, como ya se ha advertido anteriormente, el Tribunal Supremo no ha entendido que sea posible la “nulidad relativa parcial”, es decir, la anulabilidad de sólo una o unas cláusulas concretas del contrato.

3.2. Su posible encaje en las reglas de abusividad

En caso de que las referidas cláusulas de extensión del afianzamiento contenidas en contratos con consumidores superen el control anterior, procedería analizar su posible abusividad mediante un control de contenido o de fondo. Como ya se sabe, para que se consideren abusivas deben generar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la

¹³⁶ RJ 2021/5444. Véase SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (2022), donde se examina la repercusión de lo declarado en la referida sentencia.

buena fe (el criterio general de la abusividad, art. 82.1 TRLGDCU), o encajar en alguno de los supuestos de las “cláusulas negras” o de las “cláusulas grises”.

¿Cuándo el fiador se encuentra en una situación desequilibrada frente a la entidad bancaria al pactar el afianzamiento como solidario y renunciar a los beneficios de excusión, orden y división? Recuérdese que, para decidir respecto a dicho desequilibrio se deben tener en cuenta las normas dispositivas aplicables en defecto de pacto entre las partes y valorar si el consumidor habría aceptado la cláusula en el marco de una negociación individual, leal y equitativa¹³⁷.

La cuestión sobre la validez o abusividad de la fianza solidaria impuesta en cláusulas predispuestas resulta complejo. Por un lado, y examinada la cuestión en abstracto, podría aducirse que en realidad el fiador no sale perjudicado ya que tiene a su disposición una serie de acciones que puede ejercitar frente al deudor principal, como es la acción de reembolso del art. 1838 CC. Pero, por otro lado, cabría estimar que el pacto de solidaridad y las renunciaciones sitúan al fiador en una situación menos favorable que la que tendría según lo previsto en el Código Civil en ausencia de pacto y que, si se hubieran negociado individualmente, no se habría aceptado su inclusión.

El Tribunal Supremo¹³⁸ se ha pronunciado sobre la dificultad que existe para considerarlas abusivas cuando dichas estipulaciones están expresamente previstas y autorizadas por el propio Código Civil y ha sostenido en varias ocasiones¹³⁹ que “*tan Derecho dispositivo es la regulación del Código civil sobre la fianza simple como respecto de la fianza solidaria (prevista expresamente en el art. 1822.2) y que el pacto de solidaridad excluye por sí mismo, sin necesidad de renuncia, tanto el beneficio de excusión como el de división*”. Es decir, que para el Alto Tribunal, pactar una fianza como solidaria, con la consiguiente imposibilidad de oponer el beneficio de excusión, no supone una separación del derecho dispositivo, lo que dificulta que pueda apreciarse su abusividad. Asimismo, también repara en la dificultad de analizar el criterio del “justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes” cuando la fianza tiene carácter gratuito al no pactarse una contraprestación a favor del fiador.

¹³⁷ Véase apartado III.3.

¹³⁸ STS de 27 de enero de 2020 (RJ 2020/145).

¹³⁹ SSTs de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020/329) de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021/5444) y de 29 de noviembre de 2021 (RJ 2021/5286).

Bajo estas consideraciones, subyace la idea de que no puede decirse que la fianza solidaria cause un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor y en contra de las reglas de la buena fe porque es una opción válida de garantía prevista por la ley¹⁴⁰.

Por otra parte, como ya se ha adelantado, también se ha planteado por algunos autores¹⁴¹ la posibilidad de que las cláusulas predispuestas de extensión del afianzamiento puedan encajar en algunos de los supuestos de la lista negra. En concreto, se hace referencia al art. 86 TRLGDCU, que establece en su primer párrafo que son abusivas, en cualquier caso, “*las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas*”¹⁴².

Este precepto podría interpretarse entendiendo que únicamente hace referencia a los derechos contenidos en la normativa sectorial de consumo¹⁴³. Pero cabe una segunda interpretación según la cual se incluirían los derechos reconocidos en todo el derecho privado dispositivo. Como consecuencia de esta segunda tesis, las cláusulas de extensión del afianzamiento, que implican la renuncia por parte del fiador de los derechos previstos por el régimen dispositivo de la fianza, deberían considerarse abusivas¹⁴⁴.

También se ha defendido en ocasiones¹⁴⁵ la abusividad de las mencionadas cláusulas con base en el ya estudiado art. 88.1 TRLGDCU, según el cual tendrán la consideración de abusivas aquellas cláusulas que supongan la imposición de garantías desproporcionadas. Si se concluye que, en el caso, la imposición de la solidaridad de una fianza supone una desproporción con respecto al riesgo de insatisfacción del interés del acreedor, podría estimarse su nulidad. Esta idea se debe poner en relación con el apartado tercero del art. 82 TRLGDCU, en el que se recoge expresamente que para apreciar el carácter abusivo de una cláusula habrá de tener en cuenta también todas las demás cláusulas del contrato “*o de otro del que éste dependa*”. Con base en esto, se podría alegar la abusividad del carácter solidario de la fianza en función del resto de cláusulas del contrato de préstamo,

¹⁴⁰ CEPERO ARÁNGUEZ, M. A. y ESTRADA NOVO, M. (2020), p. 14.

¹⁴¹ MARÍN LOPEZ, M. J. (2022), pp. 801-802; y GÓMEZ VALENZUELA, M. A. (2021), p. 663.

¹⁴² El precepto enuncia a continuación una serie de estipulaciones específicas que deberán considerarse abusivas e incluye en su último apartado (art. 86.7) todas aquellas que prevean “*La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario*”.

¹⁴³ Así lo hace CARRASCO PERERA, A. (2018).

¹⁴⁴ MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022), p. 801. Este autor argumenta a favor de esta tesis “*que lo contrario haría inútil el primer párrafo del art. 86 TRLGDCU, pues las normas de derecho de consumo son por su naturaleza imperativas, y no dispositivas*”.

¹⁴⁵ GÓMEZ VALENZUELA, M. A. (2021), pp. 664-665.

por ejemplo, cuando se ha pactado también una garantía hipotecaria o cuando el acreedor tiene la posibilidad de cobrar primero por vía de seguro.

En la STS de 29 de noviembre de 2021¹⁴⁶, se indica que, “entre los factores que deben tomarse en consideración para valorar la desproporción entre las garantías pactadas (en concreto respecto de la fianza) y la obligación afianzada, figuran, además de la solvencia personal de los deudores (...), su ajuste o no a su normativa específica”. Se hace mención a esto último dado que, en virtud del propio art. 88.1 señalado, se presume que “no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica”. Y teniendo esto en cuenta, el Tribunal Supremo ha considerado que la imposición de una fianza solidaria (que es un contrato de garantía) se debe presumir que no es desproporcionada cuando se ajusta a la regulación prevista por el Código Civil sobre la misma. Es por ello que en la STS de 21 de octubre de 2022¹⁴⁷, concluye que el pacto de solidaridad y renuncia a los beneficios no es abusivo ya que “la regulación contractual de la fianza no se aparta de la regulación que respecto de la modalidad solidaria pactada se contiene en el Código Civil”.

De todos modos, en las dos resoluciones acabadas de mencionar¹⁴⁸, el Tribunal Supremo precisa que, aunque se estimara que la renuncia a los beneficios de excusión, orden y división es nula por su eventual abusividad, tal nulidad “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”.

En todo caso, con una eventual declaración de nulidad de las cláusulas de extensión del afianzamiento, no se vería afectada la subsistencia del contrato de fianza¹⁴⁹. La nulidad del carácter solidario de la fianza y de la renuncia a los referidos beneficios convierten automáticamente a la fianza en simple. Por consiguiente, no se requeriría ningún tipo de integración¹⁵⁰ del contrato ya que no habría lagunas a suplir.

¹⁴⁶ RJ 2021/5286. Lo mismo se señala en la STS de 21 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3946).

¹⁴⁷ ECLI:ES:TS:2022:3946.

¹⁴⁸ SSTS de 29 de noviembre de 2021 (RJ 2021/5286) y de 21 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3946).

¹⁴⁹ En BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2020) se dedica un apartado a las consecuencias de la declaración de abusividad del pacto de solidaridad y de las renunciaciones, concluyéndose que no afecta a la subsistencia del propio contrato de fianza.

¹⁵⁰ Tal y como se sintetiza de forma clara en la STS de 19 de mayo de 2022 (RJ 2022/2736), los dos requisitos que deben concurrir para que una cláusula abusiva se pueda sustituir por una disposición de Derecho nacional supletoria son: “en primer lugar, que la inaplicación de la cláusula declarada abusiva implique, conforme al Derecho nacional, la anulación del contrato en su totalidad y, en segundo lugar,

V. TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD EN EL CONTRATO PRINCIPAL

El fiador puede exigir que el control propio de la legislación sobre consumidores se realice, no sólo sobre las cláusulas del contrato de fianza, sino también sobre las del contrato de préstamo que delimitan el riesgo garantizado. No es más que una consecuencia derivada de que al fiador se le pueda aplicar un régimen distinto del que resulta aplicable al deudor fiado: determinadas cláusulas del contrato de préstamo (que afecten al contrato de garantía en la medida que delimitan la responsabilidad del fiador) pueden resultar válidas respecto del deudor principal no consumidor y, en cambio, pueden ser calificadas como no transparentes o abusivas respecto del fiador consumidor.

Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en más de una ocasión¹⁵¹: *“Igualmente podrán declararse ineficaces frente al fiador consumidor determinadas cláusulas del contrato de préstamo que puedan afectar a la liquidación de la deuda reclamable frente a aquél, y que aun siendo válidas respecto del deudor principal que no sea consumidor, deban ser calificadas como abusivas o no transparentes respecto del fiador consumidor”*. A modo de ejemplo, en el caso al que se refería la STS de 28 de mayo de 2018¹⁵², se declara la ineficacia de la cláusula suelo del préstamo por falta de transparencia material respecto de la fiadora consumidora, mientras que se mantiene su plena eficacia tanto frente a la sociedad mercantil prestataria como frente al resto de fiadores no consumidores. Por su parte, en la STS de 19 de abril de 2021¹⁵³, se declara que sólo con respecto a los fiadores cabe hacer los controles de transparencia y abusividad de la cláusula suelo del préstamo, aunque la deudora principal tenga la condición de profesional¹⁵⁴.

Es preciso aclarar que lo que en realidad debe exigir el fiador consumidor es la inoponibilidad frente a él de dichas cláusulas, pero no su nulidad, pues ésta afectaría también a los no consumidores¹⁵⁵. Por tanto, los garantes pueden obtener la nulidad de

que la anulación de dicho contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales”. Pero la nulidad de una cláusula de extensión del afianzamiento no conlleva ninguna de estas dos consecuencias.

¹⁵¹ SSTs de 27 de enero de 2020 (RJ 2020/145) y de 29 de noviembre de 2021 (RJ 2021/5286).

¹⁵² RJ 2018/2281.

¹⁵³ RJ 2021/1823.

¹⁵⁴ El Tribunal Supremo señala que, en este caso, *“los fiadores tienen la cualidad de consumidores, porque ni tuvieron participación directa en el negocio para cuya financiación se solicitó el préstamo (una actividad profesional de la hija), ni tenían ninguna vinculación funcional con el mismo (administradores, gerentes, cónyuges que deban responder legalmente de la deuda...)”*; a lo que añade, como consecuencia de ello, que *“debe entenderse que a los fiadores les resulta de aplicación el art. 3 TRLGDCU y, por tanto, respecto de ellos, son procedentes los controles de transparencia y abusividad”*.

¹⁵⁵ Así se declara expresamente en la STS de 28 de mayo de 2020 (RJ 2020/1367): *“la demandante, en cuanto que fiadora, lo que podía demandar si se le hubiera reconocido su condición de consumidora, era*

ciertas cláusulas de su contrato de garantía, pero con respecto a las cláusulas del contrato principal, lo que pueden exigir al juzgador es su inaplicación frente a ellos.

En cualquier caso, aunque el prestatario y el fiador tengan ambos la condición de consumidores, el control de transparencia de una cláusula deberá hacerse de forma independiente para cada uno de ellos, ya que el hecho de que una cláusula sea transparente para el prestatario no implica que automáticamente lo sea para el fiador, y lo mismo a la inversa¹⁵⁶. Y es que recuérdese que el filtro de transparencia material está ligado a la comprensión del significado contractual, por lo que puede ocurrir perfectamente que uno de ellos haya tenido la oportunidad de conocer la trascendencia del contenido de una cláusula mientras que el otro, por el motivo que sea, no la haya podido tener.

Ahora bien, en el supuesto de que se declare que una cláusula del contrato de préstamo relativa a los intereses es no transparente (en el caso tanto de los intereses remuneratorios como moratorios) o abusiva (sólo para el caso de los moratorios¹⁵⁷) para el prestatario, el prestamista no podrá reclamar al fiador, ya sea consumidor o profesional, más intereses de los que podría exigir a aquél. De no ser así, se vulneraría lo recogido por el ya mencionado art. 1826 CC, en virtud del cual *“el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones”*.

VI. CONCLUSIONES

1.- De acuerdo con el marco legislativo actual, las cláusulas no negociadas en los contratos con consumidores son objeto de una extensa regulación. La normativa pone a disposición del consumidor diversos mecanismos para protegerle de los riesgos que conlleva suscribir contratos cuyo contenido no ha podido ser negociado y que se materializan en una serie de controles que deben observarse para cada una de las cláusulas no negociadas. El primero estaría relacionado con la transparencia de la cláusula, incluyendo tanto su vertiente formal y gramatical como material, de manera que se

la inoponibilidad de las cláusulas abusivas frente a ella, pero no su nulidad, ya que ésta afectaría también a los no consumidores”.

¹⁵⁶ MARÍN LÓPEZ, M.J. (2022), p. 805.

¹⁵⁷ Las cláusulas relativas al interés remuneratorio, al referirse al objeto principal del contrato, están excluidas del control de contenido (art. 4.2 de la Directiva 93/13). Sí están, sin embargo, sometidas a un control de transparencia formal, gramatical y material (art. 83.II TRLGDCU).

garantice no sólo que el consumidor ha tenido la oportunidad real de conocer la cláusula, sino que ha podido comprender la carga o trascendencia jurídica y económica de la misma. El segundo, en cambio, está vinculado con la posible abusividad del contenido de la cláusula, lo que significa que existe un desequilibrio contrario a la buena fe en perjuicio del consumidor. La no superación de cualquiera de los dos controles implica la nulidad de pleno derecho de la cláusula.

2.- Los fiadores que han invocado esta disciplina para impugnar, bien el contrato de fianza en su totalidad, o bien alguna de las cláusulas insertas en el mismo, no siempre se han encontrado con criterios jurisprudenciales asentados; por el contrario, en la jurisprudencia de instancia se han seguido razonamientos dispares respecto de todas las cuestiones analizadas. No obstante, a día de hoy y habiéndose pronunciado tanto el TJUE como el Tribunal Supremo sobre los aspectos más controvertidos, el panorama se ha clarificado considerablemente.

3.- Se ha señalado con rotundidad que la fianza es un contrato que liga en sí mismo al acreedor y al fiador, y no una mera cláusula o estipulación introducida en el contrato al que sirve de garantía. La consecuencia directa de ello es que la fianza o “cláusula de afianzamiento” no puede reputarse como abusiva. Ahora bien, el Alto Tribunal ha declarado también que excepcionalmente cabe realizar el control de abusividad sobre la misma en un caso concreto: cuando la fianza responda a la imposición de garantías desproporcionadas de acuerdo al art. 88.1 TLRGDCU. Hasta el momento, sin embargo, en ningún caso ha considerado existente semejante sobregarantía.

4.- Para que el contrato de fianza, como cualquier otro contrato en el que se incluyan condiciones no negociadas, quede regulado por la legislación protectora de los consumidores, es evidente que el fiador debe ostentar esta cualidad. A este respecto, se ha indicado por la jurisprudencia comunitaria que es irrelevante la condición del deudor principal, de manera que, aunque éste sea un profesional, pueden aplicarse al contrato de fianza la Directiva 93/13 y el TRLGDCU. Si bien en los supuestos de fianza mercantil, hay que atender a la posible vinculación funcional que pueda haber entre fiador y deudor, siendo la concurrencia de esta circunstancia la que excluiría al primero de su consideración como consumidor.

5.- Se ha considerado que existe vinculación funcional cuando el fiador es el administrador o socio con participación significativa en el capital social de la mercantil

prestataria, aunque no se han precisado los parámetros concretos para determinar si la participación es significativa o no. Y lo mismo se ha predicado respecto de la vinculación cuando el fiador, a pesar de no tener un interés directo en el negocio o la operación mercantil que garantiza, es el cónyuge del prestatario. En estos supuestos, se debe atender a si, de acuerdo con la normativa aplicable, el patrimonio del cónyuge fiador o el patrimonio común habría de responder por las obligaciones contraídas en el ejercicio del comercio.

6.- Las cláusulas del contrato de fianza que han sido sometidas a impugnación tanto desde el punto de vista de la transparencia como de fondo (abusividad) son las denominadas “cláusulas de extensión del afianzamiento”, que engloban el pacto de solidaridad y la renuncia a los beneficios de excusión, orden y división. Pero lo cierto es que el Tribunal Supremo, en todos los asuntos que ha resuelto sobre ello, ha concluido que dichas cláusulas superaban los dos controles. En la jurisprudencia de instancia, en cambio, sí pueden observarse algunas resoluciones en que se estima su nulidad con base en una falta de transparencia material.

7.- Por último, las cláusulas del contrato de préstamo que puedan afectar al alcance obligacional del fiador en tanto que definan o delimiten el riesgo garantizado, también podrán ser objeto de impugnación por éste. En tal caso, la pretensión debe ir dirigida a la inoponibilidad de la cláusula frente al fiador consumidor y no a su declaración de nulidad, de forma que pueda seguir manteniendo su plena eficacia frente al prestatario.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A. (2020): “Análisis jurisprudencial de la evolución del control de transparencia de las cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 36, pp. 90-103.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2002): “Comentario al art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (dirigidos por MENÉNDEZ, A. y DÍEZ-PICAZO, L.), pp. 97-141. Madrid: Civitas.

ASUA GONZÁLEZ, C. I. (2018): “La falta de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en la contratación con consumidores en el Derecho español”. *Anuario de Derecho Privado*, nº 1, pp. 33-72.

BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2022): “Pacto de afianzamiento y abusividad. Doctrina del Tribunal Supremo”. *Revista Aranzadi Digital*, nº 5.

CARRASCO PERERA, A. (2018): “El consumidor no sabe qué es renunciar al beneficio de excusión”. Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-consumidor-no-sabe-que-es-renunciar-al-beneficio-de-excusion/>.

CARRASCO PERERA, A. (2021): *Derecho de contratos* (3ª edición). Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2022): *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I (4ª edición). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

CASTILLA BAREA, M. (2013): “De la Fianza. Comentario a los arts. 1822 a 1856 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil* (dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Tomo IX, pp. 12461-12743. Valencia: Tirant lo Blanch.

CEPERO ARÁNGUEZ, M.A. y ESTRADA NOVO, M. (2020): “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*, nº 9637.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (2007): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción: Teoría del contrato*, Vol. I (6ª edición). Cizur Menor: Thomson Civitas.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (2008): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, Vol. II (6ª edición). Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (2010): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las particulares relaciones obligatorias*, Vol. IV (1ª edición). Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

GÓMEZ VALENZUELA, M. A. (2021): “Examen de las cláusulas abusivas en el contrato de fianza”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº14, pp. 630-691.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015): “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en *Comentario del Texto Refundido para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otra Leyes Complementarias* (coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), (2ª edición), pp. 1025-1348. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

JUAN GÓMEZ, M. C. (2022): “La frustración de las acciones de nulidad total o parcial de las fianzas solidarias incorporadas en las escrituras de préstamo hipotecario”. *Actualidad civil*, nº 10.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022): “El consumidor como garante”, en *Tratado de los Derechos de Garantía* (dirigido por CARRASCO PERERA, A.), Tomo II (4ª edición), pp. 757-810. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

MARQUÉS MOSQUERA, C. (2014): “La fianza en los préstamos hipotecarios”. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Nº Extra 1, pp. 267-280.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2020): “La fianza”, en AAVV: *Curso de Derecho Civil (II). Contratos y Responsabilidad Civil* (coordinado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.), (5ª edición), pp. 331-364. Madrid: Edisofer.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J. y RAMS ALBESA, J. (2013): *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, Vol. II (5ª edición). Madrid: Dykinson.

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 de Estudios Jurídicos*, nº 22.

JURISPRUDENCIA

A) Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJCE de 17 de marzo de 1998, asunto C-45/96 (TJCE 1998/52).
- STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 (TJCE 2013/89).
- STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11 (TJCE 2013/93).
- STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12 (TJCE 2014/7).
- STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (TJCE 2014/105).
- STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 (TJCE 2015/93).
- STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (TJCE 2015/330).
- ATJUE de 19 de noviembre de 2015, asunto C-74/15 (TJCE 2015/386).
- ATJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/15 (TJCE 2016/329).
- STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 (TJCE 2017/31).
- STJUE de 25 de enero de 2018, asunto C-498/16 (TJCE 2018/25).
- STJUE de 21 de marzo de 2018, asunto C-590/17 (TJCE 2018/309).
- STJUE de 17 de mayo de 2018, asunto C-147/16 (TJCE 2018/106).
- STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C- 621/17 (TJCE 2019/224).
- STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18 (TJCE 2020/3).

B) Tribunal Supremo

- STS de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990/7464).

STS 322/1995, de 10 de abril (RJ 1995/3254).

STS 770/2002, de 22 de julio (RJ 2002/7476).

STS 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2020/3088).

STS 361/2014, de 8 de julio (RJ 2014/3731).

STS 104/2017, de 17 de febrero (RJ 2017/590).

STS 594/2017, de 7 de noviembre (RJ 2017/4763).

STS 314/2018, de 28 de mayo (RJ 2018/2281).

STS 377/2019, de 1 de julio (RJ 2019/3132).

STS 26/2020, de 20 de enero (RJ 2020/819).

STS 52/2020, de 23 de enero (RJ 2020/57).

STS 56/2020, de 27 de enero (RJ 2020/145).

STS 79/2020, de 4 de febrero (RJ 2020/328).

STS 88/2020, de 6 de febrero (RJ 2020/313).

STS 101/2020, de 12 de febrero (RJ 2020/329).

STS 203/2020, de 28 de mayo (RJ 2020/1345).

STS 204/2020, de 28 de mayo (RJ 2020/1367).

STS 509/2020, de 6 de octubre (RJ 2020/5195).

STS 585/2020, de 6 de noviembre (RJ 2020/3857).

STS 599/2020, de 12 de noviembre (RJ 2020/4576).

STS 600/2020, de 12 de noviembre (RJ 2020/4565).

STS 116/2021, de 3 de marzo (RJ 2021/1189).

STS 213/2021, de 19 de abril (RJ 2021/1823).

STS 745/2021, de 2 de noviembre (RJ 2021/5444).

STS 820/2021, de 29 de noviembre (RJ 2021/5286).

STS 405/2022, de 19 de mayo (RJ 2022/2736).

STS 684/2022, de 19 de octubre (RJ 2022/4498).

STS 685/2022, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3946).

STS 711/2022, de 26 de octubre (RJ 2022/4669).

STS 12/2023, de 16 de enero (JUR 2023/33918).

C) Audiencias Provinciales

SAP Álava 289/2017, de 12 de junio (AC 2017/494).

SAP Guipúzcoa 197/2015, de 6 de noviembre (JUR 2016/38610).

SAP Madrid 206/2013, de 14 de marzo (JUR 2013/156399).

SAP Madrid 225/2014, de 8 de mayo (JUR 2014/234995).

SAP Pontevedra 79/2016, de 15 de febrero (JUR 2016/50889).

SAP Valencia 737/2016, de 14 de junio (JUR 2016/215304).