

2. DERECHO MERCANTIL

Fianza y Consumidores

Contract of guarantee and consumers

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y Abogado

RESUMEN: Contratos de fianza y de garantía inmobiliaria celebrados con una entidad de crédito por personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad profesional y que carecen de vínculos funcionales con la sociedad mercantil de la que se constituyen en garantes.

Nulidad de las cláusulas de fianza firmadas con consumidores.

ABSTRACT: Contracts of guarantee or providing security concluded with a credit institution by natural persons acting for purposes outside their trade, business or profession and not having any link of a functional nature with the commercial company in respect of which they act as guarantors or sureties.

Nullity of guarantee clauses signed by consumers.

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Fianza y consumidores.

KEY WORDS: Contracts of guarantee and consumers.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. UN CASO PARTICULAR EN LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID DE AVALISTA A SOCIEDAD MERCANTIL.—III. DIVERSAS CUESTIONES RELATIVAS A LA POSIBLE NULIDAD DE LAS FIANZAS OTORGADAS POR CONSUMIDORES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Otorgar el carácter de consumidor a un fiador dependerá de si su relación contractual se enmarca —o no— en actividades ajenas al ejercicio de su actividad empresarial o profesional, diluyéndose el criterio que atendía a la naturaleza del contrato principal.

Resulta pues, que para los fiadores que no tengan relación empresarial con la sociedad que avalan, la actual doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea les ha dotado de una mayor protección, aplicándoles los derechos y

garantías que establece la normativa de consumidores, conforme al auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 19 de noviembre de 2015:

«En cuanto a si puede considerarse "consumidor", en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, una persona física que se compromete a garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a una entidad bancaria en el marco de un contrato de crédito, procede señalar que si bien tal contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que garantiza se presenta como un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Por tanto, la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza.»

A este respecto, procede recordar que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo. Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión.

Corresponde al juez nacional que conozca de un litigio relativo a un contrato que pueda entrar dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas, si el contratante de que se trata puede calificarse de «consumidor» en el sentido de dicha Directiva.

De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado».

Por tanto, para actuar en el contrato de fianza como consumidor y no como empresario, el avalista no debe tener una participación significativa en la sociedad avalada, no ostentar cargos de gerencia o administración en dicha sociedad (*vínculos funcionales*) debiendo haber actuado con fines privados o familiares.

En idéntico sentido al Auto del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 2015, el auto del Tribunal de 14 de septiembre de 2016, Caso Pavel Dumitraş y Mioara Dumitraş contra BRD Groupe Société Générale, Sucursala Judejeană Satu Mare (TJCE 2016/329) (citado por el propio auto apelado), razona la funcionalidad del avalista y la sociedad avalada con el siguiente tenor:

«De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado [auto de 19 de noviembre de 2015 (TJCE 2015, 386), Tarcau, C-74/15, EU:C:2015:772, apartado 29].»

Es decir, tal y como afirma el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea el hecho de no tener gerencia en la sociedad prestamista o una participación significativa en su capital social supone que el avalista haya actuado con fines de carácter privado.

El propio Tribunal de Justicia, en el auto de 3 de septiembre de 2015, mostró su voluntad de proteger al consumidor del modo más amplio posible cuando permitió que fuera considerado como tal un abogado que había suscrito un préstamo hipotecario.

El avalista debe ser considerado consumidor mientras no se demuestre con claridad que la actividad de la empresa avalada era su actividad profesional, bien porque era administrador o bien porque la sociedad constituía el vehículo para el ejercicio de su actividad profesional.

Además, en el párrafo 27 del propio auto de 19 de noviembre de 2015 dice: «*A este respecto, procede recordar que el concepto de "consumidor", en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo (véase la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21). Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión*». Por ello, la intención de obtener un beneficio económico con la operación no ha de ser el parámetro que determine si es o no consumidor el avalista.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea quiere proteger a los consumidores, entendiendo por tal a quien no ejerce una actividad profesional, y dentro de este concepto de actividad profesional podría incluirse como sinónimo, la expresión de *vínculo funcional*, en la interpretación amplia que de dicha expresión pudiera hacerse.

Así lo demuestra el auto de 3 de septiembre que hemos citado, en referencia al abogado o en la sentencia de 19 de julio de 2012, en la que utiliza el concepto de vínculo funcional para hacer referencia a un contrato de trabajo de un chófer contratado por la Embajada de Argelia en Berlín («...*las actividades del demandante, que presentaban un vínculo funcional con las actividades diplomáticas de la embajada, estaban excluidas de la competencia de los órganos jurisdiccionales alemanes*»).

Pues bien, con especial trascendencia para el entendimiento de la problemática propuesta, destacamos que en el apartado 4 del Fundamento Jurídico Quinto de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2018 núm. 314/2018 (Id Cendoj: 28079110012018100297), se razona expresamente lo siguiente:

«4. 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. Así se deduce del propio ATJUE de 14 de septiembre de 2006, caso Dumitras, que, además, hace extensiva la vinculación funcional del administrador social al socio único.

En consecuencia, D. Gaspar y D. Elías, en su condición de administradores sociales de la prestataria, tienen vínculo funcional con ella y no pueden ser tratados como consumidores».

Es decir, el Tribunal de Justicia ha interpretado que el vínculo funcional del fiador con la sociedad afianzada que excluiría su condición de consumidor coincide con la existencia de una relación de gerencia o mantenimiento del fiador con la sociedad de una participación significativa, siendo interpretado por

nuestro Tribunal Supremo que la relación de gerencia se identifica con la relación de administración, de lo que deducimos lógicamente que vínculo funcional (más allá del caso de la participación significativa) coincide con el carácter de administrador del fiador en la sociedad avalada.

II. UN CASO PARTICULAR EN LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID DE AVALISTA A SOCIEDAD MERCANTIL

En el auto de fecha 15 de marzo de 2018 (Recurso de Apelación 1038/2017-4) de la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Madrid niega la consideración de consumidora de la apelante únicamente sobre la base de lo siguiente:

«En el presente supuesto, sí que existe un vínculo funcional de la avalista Doña XXXXXXXX con la entidad prestataria pues consta como apoderada de la sociedad prestataria YYYYYYYYYYYY seg\xfanci\xf3n escritura p\xf\xfarblica» (FJ Tercero, p\xf\xfarbina 6).

En este supuesto, es cierto que la apelante tenía poderes para efectuar pagos con limitación de 3.000 euros, así como poderes de representación procesal, lo que supone evidentemente que debido a la limitación práctica y restrictiva del ámbito de actuación de la apoderada, en virtud de los mismos, no pueda calificarse que se ostenta un vínculo funcional con la sociedad prestataria, en los términos de gerencia, participación significativa o actividad profesional del apoderado.

En todo caso, para que el apoderamiento pudiera ser considerado como *v\xf\xfarculo funcional* entre la apoderada y la empresa que hiciera negar la condición de consumidora de la apoderada, habrían de ejercitarse *poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el c\xf3rculo de decisiones fundamentales o estrat\xf3gicas*, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento. El requisito de que el interesado ejerza poderes inherentes a la titularidad jur\xf3dica de la empresa «*implica, fundamentalmente, la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jur\xf3dicos en nombre de tal empresa, y de realizar actos de disposici\xf3n patrimonial, teniendo la facultad de obligar a esta frente a terceros*», así como que esos poderes han de afectar a «*los «objetivos generales de la compa\xf1\xf3n», no pudiendo ser calificados como tales los que se refieran a facetas o sectores parciales de la actividad de estas*» (STS de 24 de enero de 1990).

Por ello, lo que caracterizaría el vínculo funcional del apoderado que eliminaría su condición de consumidor sería la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial y que para apreciar dicho vínculo funcional se tendrían que dar los siguientes presupuestos: el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, el carácter general de esos poderes, que se han de referir al conjunto de la actividad de la misma, y la autonomía en su ejercicio, solo subordinado al órgano rector de la sociedad.

En nuestra opinión, la Audiencia Provincial de Madrid, basándose tan solo en el hecho de que la operación crediticia se realizó a favor de una sociedad mercantil, se limitó a declarar la inaplicabilidad de la normativa de consumidores al avalista no deudor, sin determinar si tal garante actuó en el marco de una actividad profesional y si tenían vínculos funcionales con la sociedad deudora garantizada. Al no examinar las circunstancias concretas del caso enjuiciado, el órgano judicial ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, por no seleccionar razonablemente la norma aplicable al proceso, como en este caso era

la Directiva 93/13, obviando así la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de aplicación preferente e ineludible, dado el sistema de fuentes establecido, por los jueces nacionales.

De esta forma se imputa a dicho auto la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en relación con el principio de primacía del Derecho comunitario y a la selección razonable de la norma aplicable (arts. 10.2 y 93 CE). Teniendo en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la STC 145/2012, de 2 de julio, el órgano judicial debió aplicar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (en adelante Directiva 93/13/CEE) y la interpretación del concepto de consumidor dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el auto de su Sala Sexta, de fecha 19 de noviembre de 2015, dictado en el asunto *Dumitru Tarcău*, C-74/2015 y, consecuentemente, debería haber declarado la condición de consumidor de la parte apelante y haber analizado la posible nulidad por abusivas de las cláusulas contractuales objeto del recurso de apelación.

El referido auto descansa en nuestra opinión en una motivación errónea al no interpretar correctamente en el caso sometido la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sobre la motivación errónea, el Tribunal Constitucional ha reiterado (por todas, SSTC 26/2009, de 26 de enero, FJ 2; 61/2009, de 9 de marzo, FJ 4, y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6) que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (por todas, STC 311/2005, de 12 de diciembre, FJ 4).

En relación con el error patente, el Tribunal Constitucional ya ha puesto de manifiesto que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando la resolución judicial sea el resultado de un razonamiento que no se corresponde con la realidad por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión y de la legalidad apreciada por el Tribunal, produciendo con ello efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, destacándose que los requisitos necesarios para dotar de relevancia constitucional dicho error son que no sea imputable a la negligencia de la parte sino atribuible al órgano judicial, pueda apreciarse inmediatamente de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y resulte determinante de la decisión adoptada por constituir el soporte único o básico —*ratio decidendi*— de la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en él (por todas, STC 4/2008, de 21 de enero, FJ 3)».

El derecho fundamental que se considera vulnerado es el de la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en relación con el prin-

cipio de primacía del Derecho comunitario y a la selección razonable de la norma aplicable (arts. 10.2 y 93 CE). Teniendo en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la STC 145/2012, de 2 de julio, el órgano judicial debió aplicar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (en adelante Directiva 93/13/CEE) y la interpretación del concepto de consumidor dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el auto de su Sala Sexta, de fecha 19 de noviembre de 2015, dictado en el asunto *Dumitru Tarcău*, C-74/2015.

La sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 75/2017 de 19 de junio de 2017 (RTC 2017, 75) (BOE de 17 de julio de 2017), en un caso similar otorga el amparo al recurrente que era fiador de una persona jurídica obligando al reconocimiento de su carácter de consumidor —de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea— sobre la ausencia de una vinculación funcional del fiador con la sociedad ejecutada.

Es decir, el hecho de que a la participación en el capital social se anude por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el requisito de «*significativa*», no valiendo cualquier porcentaje de tenencia del capital social por el fiador para estimarse la existencia de «*vínculo funcional*» con la sociedad avalada que le haga excluir del ámbito de protección de la normativa de consumidores y usuarios, no puede suponer más que la «*gerencia*» a la que hace referencia el referido Tribunal de Justicia de la Unión Europea, haya de ser también «*significativa*», no pudiéndose por tanto mantener lo contrario si no es con el vicio de incurrir en una interpretación ilógica de los dictados del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia.

III. DIVERSAS CUESTIONES RELATIVAS A LA POSIBLE NULIDAD DE LAS FIANZAS OTORGADAS POR CONSUMIDORES¹

Si bien es cierto que existe una evidente polémica jurisprudencial sobre la admisibilidad de la nulidad de las cláusulas de fianza firmadas con consumidores en alegato a la abusividad de las mismas, sobre la base principalmente de argumentos como que la fianza afecta al objeto principal del contrato; si la cláusula de fianza es o no una condición general de la contratación con verificación en su caso de los controles de incorporación y transparencia, así como a la existencia de desequilibrio contractual o no, destacamos también los siguientes problemas que nos hemos venido encontrando en la práctica en relación a este asunto y que habrán de ir solucionándose o teniéndose en cuenta con el objeto de que se vaya aclarando la referida polémica judicial.

i) LA LEGITIMACIÓN DEL FIADOR Y/O PRESTATARIO PRINCIPAL PARA INSTAR LA NULIDAD DEL AFIANZAMIENTO ABUSIVO

Para empezar con la exposición del tema que en estos momentos nos ocupa, hemos de tener presente que el artículo 8 de la LCGC, establece expresamente lo siguiente:

«Artículo 8. Nulidad.

1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. *En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».*

Mientras que el artículo 83 de la LGDCU, prevé lo siguiente:

«*Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».*

Como afirma GETE ALONSO², expresando a nuestro juicio una opinión generalizada: «la nulidad de pleno derecho implica la ineffectuación absoluta, imprescriptible, no sanable y *erga omnes*, de la cláusula: el régimen de la nulidad contractual (como recuerda el artículo 9.1). El «otro efecto distinto» habrá de indagarse en cada caso concreto, aunque se hace difícil pensar en supuestos en los que esto ocurra (salvo, en su caso, el de los actos en fraude, art. 6.4 del Código Civil).

En nuestra opinión la nulidad de pleno derecho a la que hacen referencia el artículo 8 de la LCGC y el artículo 83 de la LGDCU, son un claro caso de lo que se ha venido a denominar ineffectuación automática del contrato³ sin que la misma sea necesaria para su existencia una declaración judicial, siendo de carácter relativo ya que se limita el ejercicio de esta nulidad única y exclusivamente al adherente. Por ello, coincidimos con ese sector doctrinal (MIQUEL GONZÁLEZ)⁴ que califica a esta nulidad como nulidad de pleno derecho de carácter relativo.

Como afirma MIQUEL GONZÁLEZ (*vid., op. cit.*), la nulidad de pleno derecho se producirá por la contradicción con la ley o con otras leyes y no necesita declaración judicial. La acción de nulidad no es constitutiva. La legitimación activa, en las acciones individuales, solamente la ostenta el adherente (art. 9 LCGC) y en este sentido la nulidad es relativa. Se trata, por tanto, de normas imperativas relativas o de protección de una sola de las partes: el adherente. Si una Ley establece la nulidad para la protección de otros intereses se regirá por lo que disponga la propia ley de que se trate y en su defecto por el artículo 6.3. Naturalmente también el fiador del adherente puede oponer la nulidad de la condición general o cláusula predisposta (art. 1853), y, por supuesto, los herederos.

Por otro lado, no puede olvidarse que tratándose de una fianza solidaria, hemos de tener presente lo previsto en el artículo 1141 del Código Civil que prescribe lo siguiente: «*cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial. Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos estos*».

Tanto el fiador como la parte prestataria hipotecante suelen constituirse como deudores solidarios y si ello es así también tienen tal carácter, es decir el de solidario, a efectos de la petición de nulidad que se formule. Ante tal circunstancia resulta de aplicación el artículo 1141 del Código Civil (LEG 1889, 27) que dice que: *cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial*.

Interpretado dicho artículo teniendo cuenta el carácter con el que litigase el prestatario y pretendiendo con la acción un beneficio común a él y al fiador

solidario, también tendría legitimación activa, sin que se pueda pretender un litisconsorcio activo necesario, porque tal figura no está contemplada en el derecho procesal español.

En conclusión, tiene legitimación para instar la acción de nulidad de la cláusula de fianza tanto el adherente fiador como el prestatario deudor solidario de la misma, al tratarse de un acto beneficioso para su codeudor solidario.

Por otro lado, es necesario que el fiador tenga la condición de consumidor y la Jurisprudencia menor viene diciendo que lo será si el obligado principal lo es.

A título de ejemplo, podemos citar con BASTANTE GRANELL (*vid., op. cit.*):

«[...] y de la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales, en el sentido de que el fiador o hipotecante no deudor, en función del carácter accesorio de la obligación que dimana de la garantía prestada, ostenta el mismo carácter que el obligado en la obligación principal garantizada, de manera que es la calificación como de consumo de la relación principal de la que dimana esta obligación, la que determina la aplicación o no de la normativa de consumidores, pues en definitiva el garante no es consumidor de un bien ni usuario de un servicio, sino que se limita a prestar su garantía [...] La cuestión ya ha sido analizada en varias ocasiones por esta Sección que ha señalado que la condición de fiador y garante hipotecarios del crédito confieren una posición especial en orden al examen del carácter de consumidor, pues dada la naturaleza accesoria de la garantía no es la situación personal del fiador o hipotecante la que atribuye tal condición, sino la que resulta de la obligación garantizada, de manera que ostentará esta condición si esta obligación dimana de una relación de consumo por intervenir un consumidor y un empresario, pero no si garantiza una relación entre empresarios; es decir, lo fundamental no es la condición de consumidor del hipotecantes, sino la del prestatario afianzado con la hipoteca, pues es su condición como tal la que se comunica a la persona física que interviene en esa misma condición como garante; el criterio lo viene manteniendo esta Sección» [Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a), núm. 147/2015, de 21 de julio de 2015 (PROV 2015, 249138)].

«Al ser la fianza un contrato por el cual uno se obliga a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo este, cuando, como en el supuesto examinado, el afianzamiento tiene lugar respecto de una persona física en la que concurre la condición de consumidor y de un crédito hipotecario concedido para la adquisición de su vivienda habitual, el régimen tutitivo derivado de la LDCU (RCL 1984, 1906) es extensible a los fiadores, salvo que estos actúen en el ámbito de una actividad profesional o empresarial, que no es el caso. Como dice la SAP Madrid, sección 12, del 14 de marzo de 2013 (PROV 2013, 156399), no es admisible que en un mismo contrato con deudores solidarios se apliquen normativas distintas. Por tanto, ninguna duda existe acerca de la aplicabilidad a este procedimiento de las normas de la LDCU (RCL 1984, 1906), en la versión vigente en la fecha en que se firmó el préstamo hipotecario con la intervención de los fiadores, esto es, la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» [Auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, de 3 de febrero de 2014 (AC 2014, 379)].

ii) ALCANCE DE LA NULIDAD: TODA LA CLÁUSULA AFECTADA O SOLO LA RENUNCIA A LOS BENEFICIOS

De acuerdo con los precedentes judiciales existentes sobre el particular citados también por BASTANTE GRANELL (*vid., op. cit.*) entendemos que la declaración

de nulidad ha de predicarse tan solo de la renuncia a los beneficios de excusión y división, sobre la premisa de que la propia existencia de la fianza sí que ha sido libremente negociada por las partes, resultando que la falta de transparencia se predica tan solo de la meritada renuncia a los beneficios de excusión y división de la fianza, que al no negociarse individualmente es lo que permite analizar el carácter abusivo de dicha cláusula.

«En el caso de autos, la declaración de abusividad de la renuncia a los beneficios de orden, división, excusión y extinción no afecta a la subsistencia de la relación contractual de afianzamiento y el hecho de declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto a dicha renuncia no supone una integración o modificación de su contenido, sino, simplemente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes. Por consiguiente, procede declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto recoge la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión por parte de los fiadores, pero no la cláusula de afianzamiento en sí» [sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2.^a), núm. 180/2015, de 30 septiembre de 2015 (PROV 2015, 269085); sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2.^a), núm. 197/2015 de 6 noviembre (PROV 2016, 38610)].

«Se considera que la nulidad ha de afectar solamente a la mención arriba transcrita en la que la fianza se configura como solidaria con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión y división. De conformidad con el artículo 10 bis vigente en el momento de la contratación [art. 83 del actual TRLGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372)] las cláusulas declaradas nulas no surten efecto y se tienen por no puestas. Esta previsión se acomoda a las directrices de interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) marcadas por el TJUE. En efecto, tal y como se recuerda en la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4), Caso Unicaja Banco los jueces de los Estados Miembro deben dejar sin efecto la cláusula abusiva sin poder alterar su contenido [...]. En este caso, conviene tener presente que el único aspecto que se ha considerado no negociado y se ha sometido al control de abusividad de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) ha sido el referido a la opción por la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios. Su nulidad no afecta al pacto de fianza entre las partes que puede subsistir sin que ello genere un desequilibrio contractual y sin que ello pueda considerarse una modificación del contrato» [sentencia del Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Donostia-San Sebastián, núm. 56/2016, de 18 de febrero de 2016 (PROV 2016, 88059)]. «Es decir, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual conlleva la nulidad de la misma, sin que proceda su moderación por vía judicial. Una vez apreciada la abusividad de una cláusula, la misma resulta totalmente nula e ineficaz, por lo que procede dejar completamente sin efecto la cláusula décima de la escritura de 30 de diciembre de 2003 y de la cláusula decimotercera de la póliza de préstamo de 16 de diciembre de 2008, en lo que estrictamente concierne a la parte actora» [sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Segovia, de 28 de marzo de 2016 (PROV 2016, 72022)]. En igual sentido, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, núm. 323/2014 de 2 de octubre de 2014 (AC 2014, 1674); sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, núm. 327/2014, de 30 de septiembre de 2014 (AC 2014, 1672); auto del Juzgado de Primera Instancia de Almería, de 16 de febrero de 2016 (PROV 2016, 88094).

iii) INCIDENCIA EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En los procesos de ejecución hipotecaria, hemos de tener presente que:

a) Es posible que el fiador alegue defectos procesales (falta de legitimación pasiva) en la oposición a la ejecución hipotecaria y si es admisible la legitimación pasiva del fiador en el referido procedimiento, lo que ha sido resuelto de forma diversa por las distintas Audiencias Provinciales.

b) En segundo lugar, la declaración de abusividad de la renuncia a los beneficios de orden, división, excusión y extinción no afecta a la subsistencia de la relación contractual de afianzamiento y el hecho de declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto a dicha renuncia.

c) En todo caso la Ley 19/2015 de 13 de julio ha introducido un nuevo apartado 5 en el artículo 685 LEC, de acuerdo con el cual: A los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 579 será necesario, para que pueda despacharse ejecución por la cantidad que falte y contra quienes proceda, que se les haya notificado la demanda ejecutiva inicial. Esta notificación podrá ser practicada por el procurador de la parte ejecutante que así lo solicite o cuando atendiendo a las circunstancias lo acuerde el letrado de la Administración de Justicia. La cantidad reclamada en esta será la que servirá de base para despachar ejecución contra los avalistas o fiadores sin que pueda ser aumentada por razón de los intereses de demora devengados durante la tramitación del procedimiento ejecutivo inicial.

Por tanto, de las anteriores premisas podemos deducir lo siguiente: ejecutado el avalista, la consecuencia no puede ser más que en el momento procesal oportuno la eliminación de la renuncia a los beneficios del fiador a los que ha renunciado el avalista.

iv) NULIDAD Y ACTOS PROPIOS

En otro orden de cosas y para la aplicación práctica de lo anterior en caso en que hayan existido novaciones contractuales, hemos de recordar que la entidad acreedora habrá requerido la concurrencia del fiador a la prórroga concedida al deudor principal para evitar cualquier alegación tendente a obtener la extinción de la fianza en caso contrario, en aplicación de lo previsto en el artículo 1851 del Código Civil.

Dado que la nulidad predicable de una cláusula abusiva es una nulidad absoluta, hemos de recordar que la nulidad de pleno derecho o radical no está sujeta a ningún plazo de prescripción o caducidad ni es susceptible de sanación y convalidación siquiera por actos propios, según repetidamente tiene dicho nuestra jurisprudencia, como por ejemplo razona la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, por lo tanto, no podría alegarse por la entidad bancaria la aplicación de cualquier convalidación de la cláusula nula abusiva por el hecho de que el fiador haya consentido una prórroga al deudor por parte del acreedor.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BASTANTE GRANEL. La cláusula de afianzamiento en préstamos hipotecarios: su abusividad a debate. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2017.

- DÍEZ PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007.
- GARCÍA ABURUZA. Problemática en relación a los avalistas y sobre su posible condición de consumidores. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2017.
- GETE ALONSO. *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, (dir.) Arroyo-Miquel, Tecnos, Madrid 1999.
- MIQUEL GONZÁLEZ. La nulidad de las condiciones generales. <http://www.codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.php?id=343>

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJ de la Unión Europea de 19 de julio de 2012
- ATJ de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2015
- ATJ de la Unión Europea de fecha 19 de noviembre de 2015
- ATJ de la Unión Europea 14 de septiembre de 2016
- STC 311/2005, de 12 de diciembre
- STC 4/2008, de 21 de enero
- STC 26/2009, de 26 de enero
- STC 61/2009, de 9 de marzo
- STC 82/2009, de 23 de marzo
- STC 145/2012, de 2 de julio
- STC 75/2017 de 19 junio de 2017
- STS de 24 de enero de 1990
- STS de 25 de noviembre de 2015
- STS de 28 de mayo de 2018
- SAP de Guipúzcoa de 30 de septiembre de 2015
- SAP de Guipúzcoa de 6 de noviembre.
- AAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 de julio de 2015
- Auto de fecha 15 de marzo de 2018 (Recurso de Apelación 1038/2017-4) de la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Madrid
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, de 3 de febrero de 2014
- SJM de San Sebastián de 2 de octubre de 2014
- SJM de San Sebastián de 30 de septiembre de 2014
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Almería, de 16 de febrero de 2016
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Segovia, de 28 de marzo de 2016

NOTAS

¹ *Vid.*, sobre el particular: BASTANTE GRANEL. La cláusula de afianzamiento en préstamos hipotecarios: su abusividad a debate. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2017; GARCÍA ABURUZA. Problemática en relación a los avalistas y sobre su posible condición de consumidores. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2017.

² GETE ALONSO. *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, (dir.) Arroyo-Miquel, Tecnos, Madrid 1999, 84.

³ DÍEZ PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007, página 565 caracteriza este tipo de ineficacia automática del siguiente modo: «Atendiendo al mecanismo de producción y de actuación, pueden distinguirse dos tipos de ineficacia, a los que llamaremos automática y provocada.

Llamamos automática a la ineeficacia cuando esta se produce por la fuerza misma del ordenamiento jurídico como *ipso iure*, esto es, por obra del mismo Derecho. La misma idea se expresa modernamente al decir «de pleno derecho», como en la actualidad hace el artículo 6.3 del Código Civil tras la reforma del Título Preliminar de 1974. De “pleno derecho” quiere decir que no es necesario que nadie inste ante los órganos jurisdiccionales, o, lo que es lo mismo, que algo puede ser puesto en juego sin necesidad de la previa declaración y, por consiguiente, que hay ineeficacia desde el momento mismo en que el contrato ineeficaz aparece. En cambio llamamos provocada a la ineeficacia, cuando el ordenamiento jurídico, en lugar de establecer una automática actuación de la sanción, se limita a atribuir a uno o a varios sujetos un poder jurídico en virtud del cual y únicamente en virtud del cual la sanción será actuada».

⁴ MIQUEL GONZÁLEZ. La nulidad de las condiciones generales. <http://www.codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.php?id=343>.