

2. DERECHO MERCANTIL

De nuevo sobre la Fianza y Consumidores

Again about guarantee and consumers

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: La nulidad de la renuncia de los beneficios de excusión y división en la fianza con consumidores.

Nulidad de las cláusulas de fianza firmadas con consumidores.

ABSTRACT: *The nullity of the waiver of benefits of excussio and division in guarantee clauses signed by consumers.*

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. EL CASO ANALIZADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO DESDE LA DOCTRINA DEL ERROR VICIO DEL CONSENTIMIENTO.—III. LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA ABUSIVA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con los precedentes judiciales existentes y sobre el particular citados también por BASTANTE GRANELL¹ hemos admitido² la posibilidad de la nulidad de la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división y que la declaración de nulidad habría 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 de septiembre de 2015 (PROV 2015, 269085); sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2.ª), núm. 197/2015 de 6 de 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 (LEEur 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 (LEEur 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).

El tratamiento de la cuestión relativa al carácter abusivo de la cláusula que imponga la renuncia de los beneficios de excusión y división ha sido ya objeto de estudio y análisis detallado en diversos trabajos con numerosas citas jurisprudenciales que exponen la controversia de la cuestión, citando como ejemplo los de BASTANTE GRANELL (*vid. op. cit.*) e IZQUIERDO GRAU³.

Los argumentos a favor de la posible abusividad son varios destacando la invalidez de la imposición de renunciaciones o limitación de derechos al consumidor (art. 86.7 TRLGDCU) y la invalidez de la superposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido (art. 88.1 TRLGDCU), aunque en estos instantes no nos vamos a detener en el análisis de las mismas, pero sí señalar las confusiones que tradicionalmente ha levantado el pacto de solidaridad en la fianza y el carácter incluso subsidiario de la fianza solidaria. De hecho, autores como CARRASCO PERERA⁴ llegan a afirmar que «...el que pacta un aval solidario no “renuncia” al beneficio de excusión (cfr. art. 1831.2.º CC)», mientras que con carácter previo ha sostenido que «[...] el simple pacto de una fianza o aval como solidario debe

interpretarse como que el garante ha renunciado al beneficio de excusión, y no debe presumirse que por el simple pacto de solidaridad también haya querido el garante que se le pueda reclamar la deuda antes del incumplimiento del deudor. No es que tal esquema no quepa en el ámbito de la fianza, sino que no debe presuponerse que sea ese el significado del acuerdo de las partes cuando pactan el carácter de solidaria»⁵.

No obstante, en nuestra opinión el pacto de solidaridad en la fianza en realidad lo que supone es una renuncia tácita al beneficio de excusión puesto que implica un acto indubitado de la voluntad de renunciar y es ese acto indubitado el que en todo caso ha de ser objeto de enjuiciamiento, desde el prisma de la doctrina general de las obligaciones y contratos (ej. error vicio del consentimiento) y desde la aplicación de la normativa de consumo.

Que los beneficios de excusión y división pueden ser objeto de renuncia lo prevén los artículos 1831.2 y 1837 del Código civil. Además, estimamos que la renuncia tácita pese al carácter expreso que prevé el artículo 1831.1 del Código civil también puede ser posible. En este sentido, GUILARTE ZAPATERO⁶ nos recuerda tal posibilidad diciéndonos lo siguiente: «...El precepto supedita la eficacia de la renuncia a que sea expresa, exigencia que debe entenderse en los mismos términos precisados en el artículo 1827, al tratar de la constitución de la fianza. Consecuentemente no es precisa la forma escrita; alguna opinión considera que ni puede ser tácita ni derivar implícitamente de actos del fiador (MANRESA, *Comentarios*, XII, 266), pero, en armonía con lo dicho sobre la forma de constituir la fianza, es suficiente con que la voluntad de no oponer el beneficio sea clara e inequívoca, desprendiéndose así de la declaración del fiador o del tenor de la obligación (DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, I, 595; GULLÓN, *Curso*, 439). Es doctrina jurisprudencial admitir la renuncia al beneficio en toda su plenitud, posibilidad que se ha fundamentado por las STS de 5 de julio de 2011 y 8 de mayo de 2016 en que así puede el fiador evitar los mayores perjuicios derivados de obligar al acreedor a acudir al procedimiento de excusión, razonamiento escasamente atendible ya que de la existencia del beneficio no nacen cargas y siempre podrá aquel, antes de oponerlo, ponderar las ventajas e inconvenientes de su alegación y actuar en consecuencia. El requisito de forma expresa se contrae a la renuncia operada al constituirse la fianza o después de tal momento y antes de vencer la obligación, pues en otro caso, si el fiador no tiene interés en ejercitar el beneficio, le será suficiente con no oponerlo, dando lugar a una renuncia impropia (Con matices distintos ALVENTOSA, *Fianza*, 167). Renunciando válidamente al beneficio, no procederá su alegación, a mi juicio, ni en los casos de anulabilidad de la obligación principal (en contra, RIBERA PONT, *BCNG*, 1984, 2041)».

Al hilo de lo anterior, si bien es cierto que el artículo 1827 del Código civil dice que la fianza no se presume, debiendo ser expresa y no extenderse a más de lo contenido en ella, también lo es que la doctrina jurisprudencial ha venido matizando el contenido de tal precepto desde posiciones que mantenían que la fianza había de provenir de una manifestación expresa de voluntad, hasta una evolución posterior favorable a la fianza civil tácita basada en presunciones de hecho, para cuya valoración es soberano el Tribunal de Instancia [STS de 14 de noviembre de 1998 (*RJ* 1998, 8169), 13 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993, 9609), 25 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 2050)]. Por lo tanto, admitida la fianza civil tácita, hemos de admitir la renuncia tácita a los beneficios de excusión y división en el caso del pacto de solidaridad al consistir en un acto inequívoco del fiador acerca de la inoperatividad de dichos beneficios en este caso.

Sin embargo, a mi juicio y con carácter erróneo se viene entendiendo lo contrario a lo anterior, en determinadas resoluciones judiciales, como de hecho sucede a título de ejemplo, en el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.^a) núm. 376/2018 de 27 de noviembre de 2018 (*JUR* 2019, 23534), que prevé lo siguiente:

«Pero el caso es que la cláusula séptima de la póliza suscrita lo que determina es que los fiadores se obligan solidariamente con el deudor principal y después añade “con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión, división y cualquier otro que, con carácter general o particular, pudieran corresponderles”. Esto último podía situarse en la órbita de las cláusulas abusivas por suponer una renuncia de derechos de los consumidores, pero ello, aun aceptándose, no quitaría para que antes se hubiesen obligado solidariamente con el prestatario, deudor principal, y que es uno de los casos en los que la excusión no tiene lugar, artículo 1831.2 del Código civil (LEG 1889, 27), por lo que esa solidaridad se derivaría no de la renuncia a ese beneficio de excusión, sino de la solidaridad previa al mismo y que sería aplicable al margen de que se hubiese hecho constar esa renuncia».

II. EL CASO ANALIZADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO DESDE LA DOCTRINA DEL ERROR VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Como decíamos la posible nulidad de la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división puede analizarse desde la óptica de la doctrina general de las obligaciones y contratos, concretamente, desde el alcance de la existencia o no del error vicio del consentimiento y desde el prisma de la normativa protectora de los consumidores y usuarios.

Nótese que utilizamos la copulativa “y” no la disyuntiva “o”, puesto que un análisis de la cuestión huérfano del estudio del caso desde la normativa protectora de los consumidores y usuarios, implica una visión imparcial y a nuestro juicio incorrecta del asunto, lo cual entendemos que debería ser corregido incluso de oficio por el Juzgador, como tendremos ocasión de comentar posteriormente.

El caso a que nos estamos refiriendo ha sido tratado recientemente en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 377 de 1 de julio de 2019 (*JUR* 2019, 213834).

Como se recoge en los Antecedentes, el presente caso plantea, como cuestión de fondo, el posible error vicio en el consentimiento prestado respecto de la aceptación de una cláusula de afianzamiento en un préstamo hipotecario, con renuncia a los beneficios contemplados en el Código civil.

Dicha cláusula contenida en la escritura pública del préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 7 de junio de 2006, recogía lo siguiente:

«[...] Decimotercera: Garantía.

“Garantía personal.

“En cumplimiento de las obligaciones derivadas de este préstamo, además de la garantía personal del PRESTATARIO, se constituyen las siguientes:

“AVALISTAS.

“Los esposos don Miguel y doña Sonsoles, y los esposos don Rogelio y doña Estrella, se obligan indistinta y solidariamente con el PRESTATARIO al cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el presente contrato, con sujeción a los artículos 1144, 1822 y 1831 del Código civil, haciendo renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión y división y manifiestan su voluntad de que la garantía que prestan en el presente documento tenga plena eficacia hasta que sean cumplidas y

canceladas totalmente las obligaciones nacidas de este contrato y aunque la CAJA VITAL KUTXA no exija a su vencimiento el cumplimiento de ellas o prorrogara la duración del préstamo.

“Los AVALISTAS-FIADORES se comprometen a satisfacer a la CAJA VITAL KUTXA, a simple requerimiento de esta, la suma total que arrojen los saldos debidos por el PRESTATARIO en virtud de este contrato, incluso en los casos de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones del PRESTATARIO o de pérdida del derecho al beneficio del plazo por disminución de la solvencia del PRESTATARIO, conforme a lo previsto en las estipulaciones decimoquinta y decimosexta de este contrato.

“Los AVALISTAS-FIADORES se comprometen a hacer frente a todas las cantidades debidas por el PRESTATARIO en virtud del contrato de préstamo incluso en el caso de que, habiéndose realizado el pago de las mismas por el PRESTATARIO, la CAJA VITAL KUTXA tuviera que reintegrar cualquier suma recibida del PRESTATARIO como consecuencia de la retroacción decretada en una situación concursal de este último.

“Los AVALISTAS-FIADORES dan su expresa conformidad a cualquier género de tolerancias que, en régimen de excepción, la CAJA VITAL KUTXA, tenga con el PRESTATARIO, consistente en la concesión de alguna virtual moratoria, sin necesidad de que se le notifique».

D.^a Estrella, interpuso una demanda contra Kutxabank S.A., en la que solicitaba una acción de nulidad por error vicio en el consentimiento prestado, con relación a las citadas cláusulas de afianzamiento de los contratos de fechas de 7 de junio de 2006, y de 28 de marzo de 2007.

La entidad bancaria se opuso a la demanda.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En síntesis, destacó que la fiadora tenía la condición de abogada en ejercicio y que participó activamente en el estudio de las operaciones contratadas como asesora de los intervinientes. Que, además, el aval suscrito no presentaba ninguna condición extraña o abusiva, ni tampoco complejidad, resultando habitual en este tipo de operaciones crediticias.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia estimó dicho recurso y revocó la sentencia de primera instancia. En síntesis, tras declarar la condición de consumidora de la demandante, pues actuó como avalista con un propósito ajeno a su actividad profesional, a los efectos que aquí interesan, declaró lo siguiente:

«[...] Situado así el fiador solidario que renuncia a todos los beneficios citados, se convierte, sencillamente, en deudor. Lo hace, sin embargo, sin contraprestación alguna. El deudor principal ha recibido el préstamo, lo que justifica la exigencia de las garantías accesorias que aseguren el cumplimiento de la obligación principal, y particularmente, gravar un inmueble de su propiedad con la hipoteca que sirve a esa finalidad. Pero el fiador que renuncia a los beneficios de orden, excusión y división, se coloca en el mismo lugar del deudor, puede ser requerido como este, no puede exigir que primero se persigan bienes de quien debe, ni repartir la garantía dada con los demás fiadores. A cambio de nada, se convierte en deudor.

«Solo justifica semejante conjunto de renunciaciones, a derechos característicos del fiador, 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. Sin embargo, se convirtió,

sin contraprestación, en deudora solidaria. Es decir, se incurrió en una incorrecta representación de la esencia o sustancia de la fianza que se constituía».

La entidad bancaria interpuso recurso de casación que resulta estimado por el Tribunal Supremo sobre la base del 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».

¿Quiere ello decir que el Tribunal Supremo ha validado las cláusulas de renuncia a los beneficios de excusión y división en el ámbito de la contratación con consumidores? A nuestro juicio, no, sino que en un caso particular lo que ha fallado nuestro más Alto Tribunal es conforme a la doctrina aplicable a su juicio del error vicio del consentimiento, ¿pero es correcto que en el desarrollo del proceso se haya obviado el análisis del problema desde la aplicación de la normativa de consumo? A nuestro juicio, no, en función de la posibilidad que tiene el juzgador de aplicar incluso de oficio dicha normativa y declarar también de oficio dicha nulidad.

III. LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

La sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional 31/2019 de 28 de febrero de 2019 (BOE de 26 de marzo de 2019) otorgando un derecho de amparo en un caso de falta de apreciación de oficio del juez nacional de la abusividad de una cláusula nos recuerda que la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García, declaró, por lo que al caso concierne, lo siguiente: *«La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modificada por la Ley 1/2013 y posteriormente por el Real Decreto Ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, y por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada. Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas».*

A juicio del Tribunal Constitucional lo determinante es si el juez estaba obligado al examen de oficio y cuál es el momento en que este examen le era exigible. Así que, declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación del órgano judicial de conocer, bien de oficio o a instancia de parte,

del posible carácter abusivo de una cláusula contractual, *poco importa el momento y cómo llegaron a él los elementos de hecho y de Derecho necesarios para verse compelido a hacerlo*. Por ello, el órgano judicial ante el cual el consumidor ha formulado un incidente de oposición —expresión utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea—, en este caso a través de un incidente de nulidad, *se encuentra obligado a apreciar el eventual carácter abusivo de la cláusula que se denuncia, con la única excepción de que hubiera sido examinada en un anterior control judicial que hubiera concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada*.

El Tribunal Constitucional en la resolución del referido recurso de amparo nos dice efectivamente que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea obliga al juez nacional a apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula, incluso tras el dictado de una resolución con fuerza de cosa juzgada, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente. Asimismo, nos confirma que tampoco es conforme con lo declarado por la jurisprudencia europea, entender que en los casos en los que el carácter abusivo de una determinada cláusula ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia con posterioridad al plazo para poder formular oposición, el incidente de nulidad no sea el cauce para ello o sea extemporánea su formulación. Se ha de tener en cuenta que una vez finalizado dicho plazo, si el órgano judicial no controló de oficio la posible abusividad de la cláusula, al recurrente no le queda más cauce procesal que su denuncia.

Pues bien, es conforme a dicha jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional como hemos de entender la posibilidad que se hubiera podido hacer valer la sentencia de apelación que sirvió de base para el recurso de casación resuelto por la antedicha sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2019.

Hemos de recordar que pese a que la acción ejercitada fue la de error vicio del consentimiento sí que existen pasajes en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.^a) sentencia núm. 370/2016 de 23 de noviembre de 2016 que hacen referencia a la problemática desde el derecho de consumo, como pueden ser los siguientes:

«39. En definitiva, una abogada como la recurrente, que actúa en un ámbito ajeno a la abogacía, avalando deudas de una mercantil de la que no es socia ni administradora social, ha de considerarse que tiene la consideración de consumidora. Los motivos primero y segundo del recurso serán acogidos, y habrá que resolver desde ese entendimiento (...)

66. Además la condición de letrada no es incompatible con la de consumidora, como se expresó anteriormente. La consumidora, con la renuncia a sus derechos, jurídicamente queda en una posición menos favorable que sin aquella. Puede entenderse la fianza sin tal renuncia. Pero no que sin recibir a cambio el préstamo, la fiadora esté dispuesta a devolver todo su importe. Padecen así el justo equilibrio de prestaciones que caracteriza los contratos onerosos. Se trata, por ello, de una renuncia de las previstas en la DA 1.º 14 LGDCU, norma actualmente refundida, que se considera abusiva “La imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor”».

Sin embargo, la sentencia de segunda instancia falla sin apreciar de oficio la nulidad de la cláusula abusiva y decreta la nulidad de la misma por la existencia del error vicio del consentimiento, circunscribiendo así el sentido y fallo casacional. El fallo de apelación, fue el siguiente:

«II.1. Declarar la nulidad de la cláusula 13.^a, apartado “garantía personal”, suscrita por D.^a Custodia en los préstamos con garantía hipotecaria de 7 de junio de 2006 y 28 de marzo de 2007 con Caja de Ahorros de Vitoria y Álava-Araba esta Gasteizko Aurrezki Kutxa, hoy Kutxabank S.A., números de protocolo 2209 y 1117 de la notaría de D. Fernando Ramos Alcázar, por haberse prestado el consentimiento incurriendo en error».

A la luz de lo anterior, ¿podría haber declarado de oficio la sentencia de apelación la nulidad de la cláusula de renuncia a los beneficios de excusión y división cuando la parte demandante solo articuló la demanda y su recurso de apelación (inexplicablemente) pidiendo la nulidad solo por error vicio del consentimiento? A nuestro juicio la respuesta ha de ser positiva, en función de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes expuesta, sin embargo, la cuestión deja de ser pacífica en nuestras Audiencias Provinciales.

El problema viene por la disorde interpretación que vienen realizando las Audiencias Provinciales del artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que expresamente prevé lo siguiente:

«El auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso, y en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461».

Una primera postura negativa viene dada por resoluciones como la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (sección 5.^a) núm. 379/2017 de 12 de julio de 2018 (*JUR* 2018, 10821) que razona lo siguiente:

«La sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) Caso Erika Joros contra Aegon Magyarország Hitel Zrt, sentencia de 30 de mayo de 2013, establece: La Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por ese profesional, está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad que derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia, y para recalificar en su caso, en función de los hechos acreditados, el fundamento jurídico invocado para sustentar la invalidez de esas cláusulas, debe apreciar, de oficio o previa recalificación del fundamento jurídico de la demanda, el carácter abusivo de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de dicha Directiva». Y que «en lo referente al cumplimiento de esas obligaciones por un juez nacional que resuelve en apelación, es oportuno recordar que, en defecto de normativa en el Derecho de la Unión, la regulación de los procedimientos de apelación destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables corresponde al Derecho interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos. No obstante, esa regulación no debe ser menos favorable que la aplicable a situaciones similares de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni articularse de tal manera que en la práctica haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véanse en ese sentido las sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 46,

y Banif Plus Bank, apartado 26). En lo que atañe al principio de equivalencia, hay que señalar que se deduce de él que, cuando el juez nacional que resuelve en apelación esté facultado, u obligado, a apreciar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las reglas nacionales de orden público, aunque esa disconformidad no se haya suscitado en primera instancia, debe ejercer también esa competencia para apreciar de oficio, a la luz de los criterios de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071), el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva. En el supuesto de que el tribunal remitente determinara que dispone de esa competencia en las situaciones de naturaleza interna estaría obligado a ejercerla en una situación como la del litigio principal, que afecta a la salvaguardia de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere al consumidor (véanse en ese sentido las sentencias de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, Rec. I-9579, apartados 53 y 54, y de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, Rec. I-0000, apartados 45 y 46).

Y nuestro ordenamiento jurídico no faculta ni obliga, aún después de las sucesivas reformas operadas para adaptación a la normativa comunitaria, por norma alguna, apreciar en alzada de oficio lo solicitado. Por el contrario, ni siquiera se permite la introducción de cuestiones nuevas no debatidas en la instancia por las partes, y la resolución que se dicte resolviendo el recurso de apelación ha de circunscribirse a los motivos de impugnación de la resolución recurrida. En efecto para entrar a valorar la abusividad de las cláusulas alegadas hubiese sido necesario haber dado a la parte contraria no solo la oportunidad de realizar alegaciones, sino muy especialmente de proponer y practicar prueba al respecto a fin de determinar si existió o no información suficiente, y dicho trámite de prueba no ha existido.

En atención a lo expuesto el recurso de apelación debe ser desestimado».

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5.^a) núm. 53/2014 de 25 de marzo de 2014 (AC 2014, 537), prevé que:

«Ello implica que lo alegado en el recurso supone introducir en esta alzada la posible apreciación de oficio de la nulidad de dicha cláusula. En relación a esta cuestión se ha pronunciado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia núm. C-397/2011, de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 194) (*Erika Jards vs Aegon*) en la que se examinaba una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de apelación húngaro, estableciéndose como conclusión que» 38. Por las anteriores consideraciones, se ha de responder a la tercera cuestión que la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 194) debe interpretarse en el sentido de que, cuando un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por ese profesional, está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad que derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia, y para recalificar en su caso, en función de los hechos acreditados, el fundamento jurídico invocado para sustentar la invalidez de esas cláusulas, debe apreciar, de oficio o previa recalificación del fundamento jurídico de la demanda, el carácter abusivo de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de dicha Directiva».

Por tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea autoriza a los tribunales de apelación a examinar de oficio la posible nulidad de cláusulas sobre las que no se ha pronunciado el tribunal de primera instancia, pero siempre condicionado a que las reglas nacionales internas le faculden para ello. A dicha conclusión se llega por el Tribunal de Justicia, tras reafirmar en su apartado 25 el carácter imperativo de la norma comunitaria "Para responder a la parte admisible de la cuestión es oportuno recordar que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, según el que las

cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, constituye una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10 (TJCE 2012, 143), Rec. I-0000, apartado 40, y de 21 de febrero de 2013 (TJCE 2013, 46), Banif Plus Bank, C-472/11, Rec. I-0000, apartado 20)⁰, y volver a confirmar su consolidada doctrina sobre la necesidad de actuación de oficio de los tribunales nacionales en el control de cláusulas abusivas cuando afirma en el apartado 28 que «“Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 43, y Banif Plus Bank, apartado 23)”. Ahora bien esta actuación de oficio no es absoluta en el ámbito del recurso de apelación ante la falta de un derecho procesal propio de la Unión, de forma que la regulación del alcance del recurso de apelación queda limitada en virtud del principio de autonomía procesal reconocido a los Estados miembro (apartado 29), concluyendo que “...No obstante, esa regulación no debe ser menos favorable que la aplicable a situaciones similares de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni articularse de tal manera que en la práctica haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véanse en ese sentido las sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 46, y Banif Plus Bank, apartado 26)”.

En virtud de dicho principio de equivalencia, señala en su apartado 30 que “...cuando el juez nacional que resuelve en apelación esté facultado, u obligado, a apreciar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las reglas nacionales de orden público, aunque esa disconformidad no se haya suscitado en primera instancia, debe ejercer también esa competencia para apreciar de oficio, a la luz de los criterios de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva...”. Por el principio de efectividad, recuerda el apartado 32, “...se debe recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales...”.

Aplicada la citada doctrina jurisprudencial al derecho procesal civil español se puede apreciar que nuestras normas procesales no permiten el examen de oficio en segunda instancia ni de nulidades de carácter procesal ni tampoco de nulidades en relación a cláusulas abusivas no alegadas en primera instancia, por ser tratadas procesalmente como hecho nuevo en la alzada. Nuestro recurso de apelación queda circunscrito al examen de aquellas cuestiones que fueron planteadas en primera instancia y que se alegan expresamente en el recurso de apelación. Así, el artículo 227.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) se prohíbe expresamente decretar la nulidad de actuaciones de contenido procesal que no haya sido expresamente solicitada en el recurso, a excepción de normas imperativas de competencia objetiva o funcional. Sobre el fondo del recurso la situación es semejante pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la resolución del recurso deberá de pronunciarse exclu-

sivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en la alzada, sin que en ningún caso pueda perjudicar dicha resolución al apelante, lo que supone la plasmación legal de la prohibición de la “*reformatio in peius*” en los recursos de apelación. Dicha previsión legal hay que ponerla en relación con el ámbito del recurso de apelación conforme al artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en virtud del cual se pretende la revocación de una resolución dictada en primera instancia “...con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia...”. Del juego conjunto de dichos artículos queda claro que la fijación de los hechos y la base jurídica en primera instancia condiciona el contenido del recurso de apelación, de forma que está vedado el examen en la alzada de hechos nuevos no planteados en primera instancia, tal como reiteradamente viene sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y esta misma sección en las SSAP Murcia (5.ª) de 3 de septiembre de 2007 (rollo 352/07), la de 24 de marzo de 2011 (AC 2011, 1895) (rollo 387/10) y la de 12 de junio de 2012 (rollo 125/12): “La segunda instancia, a pesar de su carácter plenamente revisorio de los hechos y del derecho derivado de su carácter de recurso ordinario, no supone un nuevo juicio ni autoriza a la Audiencia Provincial a resolver cuestiones o excepciones distintas de las ya planteadas en legal forma y en los momentos procesales oportunos en primera instancia, por lo que no pueden ser examinadas cuestiones nuevas, salvo aquellas que puedan ser apreciadas de oficio por el tribunal, ya que de lo contrario se vulneraría el derecho de defensa de la parte contraria, pues la misma no podría alegar ni probar sobre las cuestiones extemporáneamente planteadas, y vulneraría los principios de igualdad de parte, preclusión, contradicción y dispositivo. En consecuencia no es factible a las partes alterar los términos del debate en el recurso de apelación, planteando cuestiones nuevas, introduciendo en el escrito de recurso argumentos no articulados en la primera instancia que alteren sustancialmente la causa de pedir, o de oposición a los pedimentos de la parte actora y sobre los que es evidente no habrá podido pronunciarse el Juzgado “*a quo*” ni acerca de las cuales nada habrá podido alegar ni probar en consecuencia la contraparte con quiebra en caso contrario de los principios de contradicción e igualdad de las partes en el proceso y sobre todo con infracción de las exigencias derivadas del artículo 24 CE (RCL 1978, 2836) y así lo señala una doctrina jurisprudencial reiterada uniforme y abundante [SSTS y entre otras como la de fechas 2 de abril de 1962, 15 de abril (RJ 1991, 2691) y 14 de octubre de 1991 (RJ 1991, 6920), 3 de abril de 1993; 10 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9282), como más reciente la STS de 9 de mayo de 2005]”.

O sea, ambas resoluciones judiciales expuestas, parten de una interpretación estrictamente literal de lo previsto en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 (asunto Brusse C-488/11), que expresa que:

“La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que [...] cuando el juez nacional que conoce de una demanda formulada por un profesional contra un consumidor acerca de la ejecución de un contrato esté facultado, según las normas procesales internas, para examinar de oficio la desconformidad entre la cláusula en la que se fundamenta la demanda y las normas nacionales de orden público, deberá apreciar de oficio de igual manera, una vez haya determinado que dicha cláusula entra en el ámbito de aplicación de esa Directiva, el carácter abusivo en su caso de esa cláusula a la luz de los criterios enunciados en la Directiva”.

Es decir, entienden que como la normativa procesal española no permite expresamente el debatido control de oficio, su desatención en segunda instancia no supone un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea en la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Del lado contrario y mucho más abundantes, destacamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.^a) núm. 278/2018 de 13 de marzo de 2018 (*JUR* 2018, 103107) que acuerda que:

“Con base en todo lo anterior; y partiendo de que, tras lo establecido en la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978 (caso Simmenthal), el juez nacional está obligado a inaplicar aquella normativa interna que, aunque tenga rango de ley, sea contraria a la normativa comunitaria; puede concluirse la inaplicabilidad en estos casos de lo dispuesto en el artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) y, por tanto, la consagración de que la normativa nacional (interpretada conforme a lo manifestado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) permite al tribunal que conoce de un proceso en su segunda instancia que aprecie, tanto de oficio como a instancia de parte, la abusividad o falta de transparencia de las condiciones generales de la contratación incluidas en un contrato celebrado con consumidores y que tenga incidencia en la resolución del recurso de apelación”.

El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.^a) núm. 28/2018 de 31 de enero de 2018 (AC 2018, 641), establece que:

*“Ello implica que el juez debe abstenerse siempre de aplicar la cláusula si es abusiva, salvo que lo sea en contra de la voluntad del consumidor; cuando se opone a que no se le aplique, salvando, incluso, los problemas de congruencia y atemperando las rigideces del proceso (así, si se ha solicitado la nulidad por abusividad de las cláusulas, en su análisis no es preciso un ajuste formal a la estructura de los recursos, ni la exactitud del fallo al suplico de la demanda), hasta el punto de que el principio de eficacia exige que el Tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, de modo que de no ser ello posible, dicho Tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, como pueden ser las normas procesales nacionales que recojan la vinculación estricta a la pretensión deducida”, ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, esta autonomía tiene como límite que tales normas “no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) con lo que deviene inaplicable el artículo 465. 5 de la LEC (RCL 2000, 34), y los principios “*tantum devolutum, quantum appellatum*”, “*in appellatone nihil innovetur*” y el prohibitivo de la “*reformatio in peius*”.*

El Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3.^a) núm. 305/2018 de 11 de julio de 2018 (*JUR* 2018, 310497), expone que:

«Y a tales efectos se debe partir como señala la STS de 9 de mayo de 2013, de la obligación de que el juez nacional examine de oficio el carácter abusivo de las cláusulas abusivas de los contratos celebrados por un profesional con los consumidores para el cumplimiento de los derechos que les confiere la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) (LA LEY 4573/1993). Así advierte el Informe de la Comisión 2000 que la sanción prevista en el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva implica atribuir a las disposiciones de la directiva el carácter de norma “imperativa”, de “orden público económico”, que tiene que reflejarse en los poderes atribuidos a los órganos jurisdiccionales nacionales. Ello implica que el juez debe abstenerse siempre de aplicar la cláusula si es abusiva, salvo que lo sea en contra de la voluntad del consumidor; cuando se opone a que no se le aplique, salvando, incluso los problemas de congruencia y atemperando las rigideces del proceso (así, si se ha

solicitado la nulidad por abusividad de las cláusulas, en su análisis no es preciso un ajuste formal a la estructura de los recursos, ni exacto del fallo al suplico de la demanda), hasta el punto de que el principio de eficacia exige que el Tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, de modo que de no ser ello posible, dicho Tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, como pueden ser las normas procesales nacionales que recojan la vinculación estricta a la pretensión deducida”, ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, esta autonomía tiene como límite que tales normas «no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) con lo que deviene inaplicable el artículo 465. 5 de la LEC (LA LEY 58/2000), y los principios “tantum devolutum, quantum appellatum”, “in appellatone nihil innovetur” y el prohibitivo de la “reformatio in peius”».

En función de lo anterior, somos de la opinión que efectivamente una interpretación acorde con el Derecho de la Unión Europea de la posibilidad de que el control de oficio se produzca en segunda instancia ha de suponer la inaplicación de lo previsto en el artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por tanto que la Audiencia Provincial de Álava en el caso analizado en este trabajo, debería haber entrado a controlar de oficio la nulidad de la cláusula de renuncia de los beneficios de excusión y división de la fianza prestada por la consumidora, debiendo por lo tanto haber tenido el pleito otro resultado en relación con este particular.

El control de oficio que estamos predicando, ¿podría efectuarse también por el Tribunal Supremo en la decisión del recurso de casación? Igualmente, entendemos que sí. De hecho en un recurso de casación donde se solicitaba la apreciación de oficio por la Sala de las cláusulas abusivas, la misma no se efectúa por no haberse ofrecido información durante el proceso de los elementos relativos a las cláusulas abusivas cuya nulidad se pretendían. De esta forma, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 318/2019 de 4 de junio de 2019 (RJ 2019, 2261), razonó lo siguiente:

«5. Igualmente, resulta inatendible la solicitud de declaración de oficio de la abusividad de dos cláusulas que el tribunal ni siquiera puede conocer, porque no han sido transcritas —ni siquiera mencionadas— en la demanda ni en ningún otro escrito del procedimiento. Una cosa es que los tribunales deban velar de oficio porque en los contratos celebrados con consumidores no se incluyan cláusulas abusivas y otra convertir a un tribunal de casación en una especie de ventanilla o mostrador en donde, sin alegación previa alguna y sin facilitar la mínima información, el tribunal deba examinar no se sabe exactamente qué documentos para detectar posibles cláusulas abusivas. Máxime cuando la parte ha dispuesto, desde el primer momento, de defensa jurídica profesional.

Debe tenerse en cuenta que, según la jurisprudencia del TJUE en la materia [por todas, SSTJUE de 4 de junio de 2009, caso Pannon GSM (C-243/08 [TJCE 2009, 155]) y de 28 de julio de 2016, caso Tomášová (C-168/15 (TJCE 2016, 304))], el control de oficio respecto del carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071), requiere que los tribunales nacionales dispongan de los elementos de hecho y de

Derecho necesarios para ello. Lo que no sucede en este caso, toda vez que la parte recurrente no ha ofrecido la más mínima información al respecto».

Además hemos de tener presente que en un caso como el presente en el que no se ha controlado la abusividad de la cláusula en las instancias y ha habido desestimación de la pretensión del consumidor en la casación civil, ¿podría hacer valer el consumidor el referido control de oficio mediante la interposición del correspondiente incidente de nulidad de actuaciones en la instancia? En nuestra opinión, sí, mediante la denuncia del correspondiente derecho fundamental. Otra concepción supondría igualmente a nuestro entender una clara vulneración del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 en clara contradicción con la primacía del Derecho de la Unión Europea. Ello implicaría, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión (art. 24.1 CE), y por ser contraria al 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). La desestimación del incidente de nulidad de actuaciones, en su caso, abriría la puerta para la interposición del recurso de amparo.

En el desarrollo de la vía judicial previa en la jurisdicción social, tenemos el ejemplo más reciente el que recoge el Auto del Tribunal Constitucional 135/2017, que desestima un recurso de amparo por desestimación de un recurso de súplica razonó que:

«Bajo esas circunstancias, como ha quedado dicho, en atención a la doctrina de la STC 39/2003, antes de impetrar el amparo constitucional, tras la inadmisión por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo del recurso de casación para la unificación de doctrina, era necesario interponer un incidente de nulidad de actuaciones ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, garantizando con ello la subsidiariedad del amparo respecto a la indefensión que por esa sentencia se dice causada, ya que, de haberse obtenido un pronunciamiento favorable por ese cauce de reparación, la lesión que se dice causada en su derecho de defensa podría haber resultado paliada».

Esta doctrina es la que sigue el propio Tribunal Supremo, ya que en su auto de 11 de diciembre de 2017 de la Sala Tercera declara expresamente (FJ 5.3) que si el recurso de casación se inadmite *«es en ese momento, y esto es lo novedoso de la resolución que dictamos, cuando se puede afirmar la imposibilidad de interponer recurso ordinario o extraordinario contra la resolución judicial impugnada»*. Por tanto, *«es esta resolución [...] la que abre la posibilidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones»*.

Es decir, en los casos de lesión de un derecho fundamental es necesario primero el planteamiento del recurso de casación y si este resultara inadmitido, con carácter previo al recurso de amparo, habría que interponer el incidente de nulidad de actuaciones en la instancia para entender agotada la vía jurisdiccional previa a la interposición del recurso de amparo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

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

- CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J. Fianza y solidaridad de deudores, en *Tratado de los Derechos de Garantía*. Nuevos Clásicos Civitas, T. I.
- CARRASCO PERERA. El consumidor no sabe qué es renunciar al beneficio de excusión <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-consumidor-no-sabe-que-es-renunciar-al-beneficio-de-excusion/>
- GARCÍA ABURUZA. Problemática en relación a los avalistas y sobre su posible condición de consumidores. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2017.
- GUILLARTE ZAPATERO. *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, 1990, T. II.
- IZQUIERDO GRAU. La posible abusividad de la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia expresa de los derechos de excusión y de división. *Revista de Derecho Privado*, número 04/2019. Editorial Reus.
- REDONDO TRIGO. Fianza y Consumidores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 769, 2018.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017
- Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional 31/2019 de 28 de febrero de 2019
- Auto del Tribunal Constitucional 135/2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1993
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1998
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1998
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2019
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2019
- Auto del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 25 de marzo de 2014
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 30 de septiembre de 2015
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 6 de noviembre de 2015
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava Sentencia de 23 de noviembre de 2016
- Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de enero de 2018
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2018
- Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 11 de julio de 2018
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de julio de 2018
- Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 27 de noviembre de 2018
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián de 2 de octubre de 2014
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 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 GRANELL. 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 REDONDO TRIGO. Fianza y Consumidores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 769, 2018, 2833-2844.

³ IZQUIERDO GRAU. La posible abusividad de la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia expresa de los derechos de excusión y de división. *Revista de Derecho Privado*, número 04/2019, 51-67. Editorial Reus.

⁴ CARRASCO PERERA. «El consumidor no sabe qué es renunciar al beneficio de excusión» <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-consumidor-no-sabe-que-es-renunciar-al-beneficio-de-excusion/>

⁵ CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J. Fianza y solidaridad de deudores, en *Tratado de los Derechos de Garantía*. Nuevos Clásicos Civitas, T. I.

⁶ GUILARTE ZAPATERO. *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, 1990, T. II, 1803.