

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066834

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1328/2023, de 28 de septiembre de 2023

Sala de lo Civil

Rec. n.º 843/2020

SUMARIO:**Contrato de fianza. Fianzas generales. Fianzas ómnibus. Condiciones generales de la contratación. Protección de consumidores y usuarios. Apertura de crédito.**

Distinto tratamiento de los contratos de garantía según el garante sea o no consumidor (aunque garantice una operación empresarial).

El control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, en tanto que los controles de transparencia material y abusividad están reservados a los contratos celebrados con consumidores.

Respecto de los supuestos de préstamos u otras operaciones de crédito con garantía se plantea la cuestión de si la accesividad de la garantía respecto de una relación que no pueda ser calificada de consumo arrastra la consecuencia o no de imposibilitar la calificación como consumidor del garante, incluso en el caso de que éste sea una persona física que actúe fuera del ámbito de su actividad profesional.

La Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad. En consecuencia, se aplica la legislación sobre condiciones generales de la contratación y sobre protección de consumidores y usuarios al contrato de fianza y dicha protección se aplica tanto a la fianza simple como a la fianza solidaria pues, sin perjuicio de sus efectos, la solidaridad no funge ambos vínculos (el de la obligación principal y el de la fianza), ni hace perder la condición de consumidor al fiador.

De lo anterior obviamente no se deriva que los contratos de fianza suscritos por personas consumidoras en relación con operaciones de préstamo o crédito (con o sin otra garantía real o personal) sean nulos *per se*, ni que dichos contratos tengan el carácter de meras cláusulas contractuales o condiciones generales de la contratación. Pero sí podrán estimarse abusivas, o contrarias a normas imperativas, determinadas cláusulas contractuales o condiciones generales de la contratación que se integren en el mismo, como por ejemplo el pacto por el que el fiador se obligue a más que el deudor principal, el que permita al acreedor exigir otro fiador aun cuando el inicial no viniere al estado de insolvencia, el que exonere al acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados cuando no concorra ninguna de las causas de excusión de la excusión, el de renuncia a la extinción de la fianza cuando por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado en los derechos o hipotecas del mismo, o el que le impida oponer al acreedor las excepciones propias del deudor principal y que sean inherentes a la deuda, etc. Igualmente, podrán declararse ineficaces frente al fiador consumidor determinadas cláusulas del contrato de préstamo o crédito 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 consumido.

El pacto de solidaridad excluye por sí mismo, sin necesidad de renuncia, tanto el beneficio de excusión, como el de división por lo que la nulidad de dichas renunciaciones a los beneficios de división, orden y excusión, por su eventual abusividad, en caso de que pudiera estimarse posible a pesar de estar expresamente prevista en el Código, carecería de todo efecto útil, al coincidir sus efectos con los propios de la fianza solidaria

Las fianzas generales o fianzas ómnibus deben cumplir las siguientes exigencias: (i) la existencia una relación jurídica conectada con la obligación garantizada determinada o determinable (la apertura de crédito en cuenta corriente como relación jurídica de la que podrá surgir el saldo deudor como consecuencia de las partidas de cargo previstas en el contrato); (ii) la concreción subjetiva de las partes entre quienes nacerá la obligación; y (iii) la concreción objetiva de la cuantía, aunque solo sea como máximo.

PRECEPTOS:

Directiva 93/13 (cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), art. 4.2.

Código civil, arts. 1.255, 1.822, 1.824, 1.825, 1.826, 1.829, 1.831, 1.833, 1.838, 1.839, 1.852, 1.853 y 1.882.

Constitución española, art. 24.

Ley 1/2000 (LEC), art. 217

RDLeg. 1/2007 (TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), arts. 80.1 y 82.

PONENTE:

Don Juan María Díaz Fraile.

Magistrados:

Don IGNACIO SANCHO GARGALLO

Don PEDRO JOSE VELA TORRES

Don JUAN MARIA DIAZ FRAILE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.328/2023

Fecha de sentencia: 28/09/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 843/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/09/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 843/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1328/2023

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 28 de septiembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 1344/2019, de 25 de noviembre, dictada en grado de apelación por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1113/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Elche.

Es parte recurrente D. Silvio y D.ª Aida, representado por la procuradora D.ª Rosario Mateu García y bajo la dirección letrada de D. Vicente García Herrero.

Es parte recurrida Banco Santander, S.A. (antes Banco Popular Español, S.A.), representada por el procurador D. Jaime Quiñones Bueno y bajo la dirección letrada de D. Jesús Pérez de la Cruz Oña y D. Daniel Machado Rubiño.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Rosario Mateu García, en nombre y representación de D. Silvio y D.ª Aida, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"A) Se declare NULA POR ABUSIVA la cláusula de afianzamiento NOVENA del contrato de "póliza de crédito con garantía personal en cobertura de riesgos" identificado con el número NUM000, suscrito por DON Silvio y DOÑA Aida en calidad de avalistas y el BANCO POPULAR S.A, el día 17 de julio de 2007, cuya literalidad es la siguiente "El/los fiador/es presente/s en esta acto constituye/n fianza solidaria a favor del Banco garantizando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el/los Beneficiarios dimanantes de esta póliza extendiéndose dicha solidaridad con respecto a cualquier otro fiador que concurra. aunque proceda de distinto título, y con renuncia expresa a los beneficios de excusión, orden y división.

" La fianza se hará efectiva a primer requerimiento del Banco sin necesidad de que éste justifique que ha interpuesto diligencias judiciales contra el/los Beneficiario/s o se vea obligado a ejecutar con, anterioridad cualesquiera prenda/s o garantía/s establecida/s a favor del/los Beneficiario/s. La solicitud o declaración de concurso del/ los Beneficiario/s, unida al incumplimiento de cualquier obligación de éste/estos frente al banco o un tercero acreedor será motivo de vencimiento anticipado de la operación contenida en la presente póliza, facultando al Banco para exigir el cumplimiento de la fianza.

" En los casos de concurso del/los Beneficiario/s, el/los fiador/es acuerdan expresamente que con independencia del resultado que arroje la aprobación del convenio concursal, o de la intervención o no del Banco en la aprobación de dicho convenio. responderá/n solidariamente y de forma inmediata de la totalidad de la deuda del/los Beneficiarios sin que ninguna quita o espera incluida en el convenio aprobado pueda ser invocada frente al Banco. " Y se condene a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración de nulidad.

"B) SUBSIDIARIAMENTE a la petición anterior, y para el caso de que se considera que mis mandantes no ostentan la condición de consumidores, que se declare la NULIDAD POR VICIO EN EL CONSENTIMIENTO de la cláusula de afianzamiento NOVENA del contrato de "póliza de crédito con garantía personal en cobertura de riesgos" identificado con el número NUM000, suscrito por DON Silvio y DOÑA Aida en calidad de avalistas y el BANCO POPULAR S.A. el día 17 de julio de 2007, y se condene a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración.

"Todo ello con la imposición de las costas a la parte demandada".

2.- La demanda fue presentada el 30 de junio de 2017 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Elche, fue registrada con el n.º 1113/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Miguel Martínez Hurtado, en representación de Banco Popular Español, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Elche dictó sentencia n.º 166/2018, de 13 de julio, con la siguiente parte dispositiva:

"Que, ESTIMANDO íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Silvio Y Aida, contra BANCO POPULAR SA, debo declarar y declaro LA NULIDAD POR ABUSIVIDAD DE LA CLAÚSULA

NOVENA de afianzamiento del contrato de "Póliza de crédito con garantía personal en cobertura de riesgos" NUM000, firmada entre las partes el 17 julio, que se tiene por no puesta, quedando la fianza sin efecto.
"Con expresa condena en costas a la demandada".

Segundo. *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Popular Español, S.A. La representación de D.^a Aida y D. Silvio se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante-Tribunal de Marcas de la Unión Europea, que lo tramitó con el número de rollo 811-CL790/19 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 1344/2019, de 25 de noviembre, cuyo fallo dispone:

"FALLAMOS: Con estimación del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Elche de fecha trece de julio de dos mil dieciocho, en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la mencionada resolución y, en su lugar, con desestimación de la demanda promovida por la Procuradora Doña Rosario Mateu García, en nombre y representación de Don Silvio y de Doña Aida, contra BANCO SANTANDER, S.A. (antes, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.), debemos de absolver y absolvemos a la demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra, imponiendo a la actora las costas causadas en la instancia, sin efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada y, acordando la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso".

Tercero. *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a Rosario Mateu García, en representación de D. Silvio y D.^a Aida, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Motivo único: en base al artículo 469.1.4º, por vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE por infracción del artículo 217.2 y 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

El motivo del recurso de casación fue:

"Motivo único: en base al artículo 477.2.3º por presentar la resolución del presente recurso interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en las sentencias nº 241/2013 de 9 de mayo de 2013 y nº 464/2014 de 8 de septiembre sobre el doble control de transparencia que deben superar las cláusulas definitorias del objeto principal de un contrato celebrado con un consumidor".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 15 de marzo de 2022, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de Banco Santander S.A. (antes Banco Popular Español, S.A.) se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de septiembre de 2023, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Resumen de antecedentes*

1.- Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia:

i) El 17 de julio de 2007, se formalizó una "póliza de crédito con garantía personal en cobertura de riesgos" entre Banco Popular SA, como acreditante y afianzado, la entidad ISUMALI, SL como acreditada y afianzada, y D. Silvio y D.^a Aida, como fiadores. La citada entidad intervino representada por su administrador único, D. Leoncio, hijo de los fiadores.

ii) En la póliza se convenía la apertura de una cuenta corriente de carácter liquidatario con el fin de cubrir todos los riesgos que la prestataria pudiera tener o generar con la entidad acreditante, hasta un importe máximo de 60.000 euros, por un plazo de un año, prorrogable por periodos anuales. El objeto de la operación era cargar en la cuenta todas las deudas que ISUMALI contrajera con Banco Popular para liquidarlas a su vencimiento y en las condiciones pactadas, de forma que "los beneficiario/s se obliga/n a pagar al banco ... en el día de su vencimiento, y en todo caso en el plazo fijado en la cláusula quinta de esta póliza, la cantidad a que ascienda el saldo deudor de la cuenta liquidatoria que, con el mismo número de la presente póliza, se formaliza ... y que se registrá por las siguientes cláusulas [...]".

Según se resulta de la parte expositiva de la póliza:

"I. Que lo/s beneficiario/s son cliente/s del Banco, con el que tiene/n realizada/s o realizará/n diversas operaciones bancarias de cuenta corriente, de crédito, y otras que puedan solicitar y el Banco concederles.

"II. Que, con independencia de las condiciones que regulen o puedan regular las citadas operaciones, ambas partes han convenido formalizar la presente póliza a fin de adeudar en una cuenta corriente de crédito, de carácter liquidatario los importes de los créditos resultantes de las mismas y fijar un plazo para su pago, sin perjuicio ni renuncia a las acciones que pudieran corresponder al Banco dimanantes de los títulos en los que estén formalizados dichas operaciones".

iii) Entre las operaciones que se podrían cargar en la cuenta se citan en la póliza, con carácter meramente orientativo y no limitativo, los importes que ISUMALI adeude al banco como consecuencia del descuento o negociación de letras de cambio, pagarés, cheques, certificaciones de obra u otros, los descubiertos o saldos deudores de sus cuentas, el principal, intereses y costas de las pólizas de préstamo y cuentas de crédito en que figuren como titulares, los importes satisfechos por el banco por garantías o avales prestados a favor de la acreditada ante terceros, los importes impagados derivados de operaciones realizadas con tarjetas de crédito y "en general, el/los importes debidos al Banco por incumplimiento de cualquier obligación de carácter bancario y naturaleza mercantil del/los Beneficiario/s con el Banco" (cláusula segunda).

iv) Además, en la póliza figuraba un pacto de afianzamiento de la operación (cláusula novena), en el que, en lo ahora relevante, se estipulaba que "el/los fiador/es presente/s en este acto constituye/n fianza solidaria a favor del banco garantizando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el/los beneficiarios dimanantes de esta póliza, extendiéndose dicha solidaridad con respecto a cualquier otro fiador que concurra, aunque proceda de distinto título, y con renuncia expresa a los beneficios de excusión, orden y división", y que "la fianza se hará efectiva a primer requerimiento del Banco sin necesidad de que éste justifique que ha interpuesto diligencias judiciales contra el/los beneficiarios o se vea obligado a ejecutar con anterioridad cualesquiera prenda/s o garantía/s establecida/s a favor del/los Beneficiario/s [...]".

v) Una de las operaciones que se cargó en la citada cuenta fue la liquidación negativa derivada de un contrato de permuta financiera de tipos de interés ("IRS") suscrito el 12 de septiembre de 2008 entre Banco Popular y ISUMALI, con fecha de vencimiento el 11 de septiembre de 2015.

vi) La cuenta se cerró el 30 de mayo de 2017, de cuya liquidación final resultó un saldo deudor para la acreditada de 53.958,02 euros. Esta deuda resultó impagada por ISUMALI y el banco reclamó su pago a los avalistas.

2.- Los Sres. Silvio y Aida interpusieron una demanda contra Banco Popular, S.A. (ahora Banco Santander, S.A.) en la que pedían que se declarase la nulidad por abusividad de la transcrita cláusula de afianzamiento.

3.- El juzgado de primera instancia estimó la demanda. En síntesis, consideró (i) que la citada cláusula era una condición general de la contratación, (ii) que los demandantes avalistas actuaron en el contrato como consumidores y no como empresarios o profesionales, con independencia de la condición de los intervinientes en el contrato principal (razona que carecían de vínculos funcionales con la sociedad acreditada y que tampoco tenían una participación significativa en su capital), (iii) que la demandada no ha probado que hubiese explicado "el significado tanto de la fianza como de la renuncia a los beneficios que en la citada cláusula se contienen", ni "el riesgo derivado de la contratación de cualquier producto financiero", y (iv) que "esa falta de información, genera además un importante desequilibrio en la prestaciones entre las partes, por cuanto que la firma de una fianza, aval o garantía implica que el avalista tendrá que responder en caso de que no lo haga el deudor principal, pero cuando la fianza es solidaria y se renuncia a los derechos del avalista supone colocarle en una situación semejante a la de aquel pero sin percibir las contraprestaciones a su favor".

4.- Banco Popular interpuso un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. La Audiencia estimó el recurso. Tras repasar la jurisprudencia de esta sala sobre los controles de incorporación y transparencia, y apreciar que el contrato de fianza, aunque accesorio del crédito garantizado, contiene su propia obligación principal (constituir a los fiadores en garantes con su patrimonio en caso de incumplimiento de los deudores principales), y

observar que, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13 no es posible realizar el control de abusividad si la cláusula que contiene la obligación principal supera el llamado control de transparencia material, procede a realizar este examen de transparencia, conforme a la citada jurisprudencia, y concluye que en el caso litigioso ese control se supera. Conclusión que razona así:

"En concreto, por lo que respecta al control de transparencia real la STS de 9 de mayo de 2013, indica que dicho control tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo (210). Por ello, es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (211), de forma que se garantice que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa (213).

"En nuestro caso, la referida cláusula de afianzamiento supera el control de transparencia en el sentido de que los actores actúan como garantes con su patrimonio personal de las deudas que la mercantil acreditada mantenga con la entidad de crédito porque: i) se regula en una sola cláusula dentro del contrato, es decir, no aparece dispersa u oculta entre varias cláusulas; ii) el contrato se denomina póliza de crédito "con garantía personal" en cobertura de riesgos, lo que evidencia que la fianza forma parte del referido contrato y no puede pasar desapercibido a los actores; iii) los actores no pueden ignorar el significado de fiador o avalista porque han intervenido con esa condición en otras operaciones financieras distintas según los documentos 2, 3 y 4 de la contestación; iv) la cláusula no se limita a la simple renuncia de los beneficios de orden, excusión y división sino que explica suficientemente los efectos jurídicos y económicos que implica esa renuncia al señalar que "constituye/n fianza solidaria a favor del banco garantizando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el/los beneficiarios dimanantes de esta póliza, extendiendo dicha solidaridad con respecto a cualquier otro fiador"; v) la fianza solidaria está especialmente prevista en el párrafo segundo del artículo 1.822 del Código civil como una modalidad de fianza.

"Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede entender las consecuencias de la solidaridad de la fianza en el sentido de que el acreedor poder dirigirse indistintamente frente al deudor y el fiador para exigir el cumplimiento de la obligación principal derivada de la póliza de crédito".

Por lo que concluye que "al haber superado el control de transparencia la cláusula relativa a la obligación principal del contrato de fianza no cabe entrar a examinar su posible carácter abusivo".

5.- Los Sres. Silvio y Aida han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un único motivo, y otro recurso de casación, fundado también en un solo motivo, que han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

Segundo. *Formulación y resolución del motivo*

1.- Planteamiento. El motivo se formula al amparo del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española, por infracción del art. 217.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En su desarrollo, resumidamente, se alega que en los procesos relativos a las condiciones generales de la contratación, corresponde al empresario la carga de probar que se informó convenientemente al consumidor, que se negoció la cláusula y que no existe desequilibrio alguno; que la sentencia impugnada hace recaer sobre los actores la carga de probar que la demandada cumplió con todas su obligación de suministrar una información previa suficiente; y que en el caso no se informó a los demandantes de la renuncia a los beneficios de división, orden y excusión, ni del sentido y posición jurídica y económica que suponía para ellos esa renuncia, ni de la complejidad del instrumento financiero que estaban avalando.

2.- Decisión de la sala. Carga de la prueba

2.1. La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de non liquet (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3º LOPJ y 1.7º CC, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

Esa es la razón por la que el precepto que la regula, el art. 217 LEC, no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso.

Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (por todas, sentencia 244/2013, de 18 de abril).

2.2. En el caso no concurre dicha condición, puesto que la Audiencia no ha adoptado ningún pronunciamiento sobre la base indicada. Por lo tanto, la posibilidad de que se haya producido la infracción del art. 217 LEC queda descartada. Además, en realidad lo que subyace en el motivo es una disconformidad con el razonamiento seguido por la Audiencia para apreciar que en la contratación litigiosa se cumplió con el requisito de la transparencia material, lo que constituye una valoración jurídica, cuya impugnación no corresponde al recurso extraordinario por infracción procesal sino al recurso de casación.

Recurso de casación

Tercero. Formulación del único motivo

1.- El motivo denuncia la infracción de los arts. 10 y 10 bis de la Ley de Consumidores y Usuarios de 24 de julio de 1984 (hoy art. 80.1 y 82 del 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) en relación con el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, y la vulneración de la jurisprudencia contenida en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 464/2014, de 8 de septiembre, sobre el doble control de transparencia.

2.- En su desarrollo alega que la infracción se habría producido en el juicio sobre el control de transparencia de la cláusula novena de afianzamiento inserta en la "póliza de crédito con garantía personal en cobertura de riesgos", al concluir que ésta supera dicho control en su doble vertiente sin que se haya practicado prueba alguna que acredite que la información suministrada "a la hora de avalar un instrumento financiero tan sumamente complejo como el suscrito por la mercantil acreditada y la entidad financiera prestamista", cuando en realidad ese déficit de información provocó que los demandantes no tuvieran un conocimiento o comprensión real del producto financiero complejo que estaban avalando (cuya duración, aunque inicialmente era de un año podía devenir indefinida por su previsión de prórrogas anuales), ni del significado jurídico de la fianza solidaria, ni del significado y alcance de la renuncia de los beneficios de división, orden y excusión, o de las consecuencias sobre su patrimonio de lo pactado, ni de que estaban avalando a la mercantil ISUMAL (afirma que los actores creían estar avalando un préstamo personal a favor de su hijo).

3.- Los motivos de inadmisibilidad aducidos por la recurrida en su escrito de oposición serán examinados al resolver sobre el fondo del recurso al estar relacionados con su prosperabilidad.

Cuarto. Decisión de la sala. Desestimación

1.- Contratos de garantía. Distinto tratamiento según el garante sea o no consumidor (aunque garantice una operación empresarial). La jurisprudencia del TJUE y de esta Sala.

1.1. Como ha declarado reiteradamente esta Sala, el control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, en tanto que los controles de transparencia material y abusividad están reservados a los contratos celebrados con consumidores (sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; 8/2018, de 10 de enero; y 314/2018, de 28 de mayo). Conforme a esta jurisprudencia, el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores.

1.2. Respecto de los supuestos de préstamos u otras operaciones de crédito con garantía se planteaba la cuestión de si la accesoriedad de la garantía respecto de una relación que no pueda ser calificada de consumo arrastra la consecuencia o no de imposibilitar la calificación como consumidor del garante, incluso en el caso de que éste sea una persona física que actúe fuera del ámbito de su actividad profesional.

Este fue precisamente el caso resuelto por la sentencia de esta sala 314/2018, de 28 de mayo, referido en concreto a un contrato de fianza, en la que expresamente se invoca la jurisprudencia del TJUE sobre la materia. Decíamos entonces lo siguiente:

"En un supuesto como este, el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15, Tarcău), estableció que la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes,

según actúen o no en el marco de su actividad profesional, como mecanismo para garantizar el sistema de protección establecido por la Directiva. Señala el TJUE que dicha "protección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor ya que tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero, comportando para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar" (apartado 25).

"A continuación, el TJUE explica, con cita de la sentencia Dietzinger (STJCE de 17 de marzo de 1998), que, si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente "ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal". En consecuencia, concluye el Tribunal que la condición de consumidor debe apreciarse, no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza (apartado 26)".

1.3. Es decir, tanto el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 como la STJCE de 17 de marzo de 1998 citados, parten de la consideración de que el contrato de garantía o de fianza, aun siendo un contrato accesorio por razón de su objeto respecto del contrato de crédito principal garantizado, es un contrato diferente de éste, que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador (sentencia 770/2002, de 22 de julio). Como se ha afirmado en la doctrina, 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. Por ello reafirmábamos en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo, que "en este caso no puede hacerse una afirmación unívoca sobre si el contrato se celebró o no con consumidores, porque hay dos relaciones jurídicas diferentes (préstamo y fianza) y porque hay pluralidad de contratantes, lo que impone un análisis diferenciado".

1.4. Por ello, como declaramos en las sentencias 56/2020, de 27 de enero, y 820/202, de 29 de diciembre, "si el contrato que da origen a la fianza y a la obligación principal (préstamo en este caso) es distinto, sin que el hecho de formalizarse en un mismo instrumento público los funja o integre, si la regulación contractual y legal de ambos vínculos es igualmente diferente, y lo son también las personas de los contratantes (la prestataria es tercero en la fianza y el fiador en el préstamo, sin perjuicio de que éste delimite el riesgo que asume el fiador como garante), y finalmente es o puede ser también distinto el contenido de los deberes y facultades de las partes (vgr. arts. 1824, 1825 y 1826 CC), y sus causas de extinción (con el pago por el fiador se extingue su obligación y paralelamente nace sus facultades de reintegro e indemnización y de subrogación frente al deudor ex arts. 1838 y 1839 CC); no cabe duda de que se trata de contratos distintos, sin que pueda afirmarse, desde una perspectiva dogmática y conceptual, que la fianza es una mera cláusula o condición general del contrato de préstamo o crédito".

Precisamente sobre la base de esa clara delimitación entre los contratos de préstamo o crédito y de fianza, concluye el citado ATJUE de 19 de noviembre de 2015:

"los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad".

Doctrina que fue reiterada por el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15, Dumitras).

1.5. 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 prestataria o acreditada el régimen jurídico de protección de los consumidores derivado de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, aunque no tenga tal carácter el deudor fiado, pues las normas uniformes sobre cláusulas abusivas deben aplicarse a todos los contratos celebrados, sean del tipo que sean, entre un profesional y un consumidor, pues, sin perjuicio de las posibles excepciones, el objeto del contrato carece de pertinencia para definir el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, al contrario que otras Directivas cuyo ámbito de aplicación es más específico (apartados 21 y 22 del ATJUE de 19 de noviembre de 2015).

En consecuencia, como declaramos en las sentencias 56/2020, de 27 de enero, y 820/2021, de 29 de noviembre: a) los contratos de fianza también entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE; b) el fiador puede disfrutar de la protección propia de la citada Directiva incluso en el caso de que el contrato del que nace la obligación garantizada sea una operación mercantil, siempre que el fiador tenga la condición de consumidor (como sucede en este caso); y c) dicha protección se aplica tanto a la fianza simple como a la fianza solidaria pues, sin perjuicio de sus efectos, la solidaridad no funge ambos vínculos (el de la obligación principal y el de la fianza), ni hace perder la condición de consumidor al fiador que actúa fuera del ámbito de su actividad profesional o empresarial y que carece de los citados vínculos funcionales.

2.- Consecuencias de la aplicación de la legislación sobre condiciones generales de la contratación y sobre protección de consumidores y usuarios al contrato de fianza.

2.1. De lo anterior obviamente no se deriva que los contratos de fianza suscritos por personas consumidoras en relación con operaciones de préstamo o crédito (con o sin otra garantía real o personal) sean nulos per se, ni que dichos contratos tengan el carácter de meras cláusulas contractuales o condiciones generales de la contratación. Pero sí podrán estimarse abusivas, o contrarias a normas imperativas, determinadas cláusulas contractuales o condiciones generales de la contratación que se integren en el mismo, como por ejemplo el pacto por el que el fiador se obligue a más que el deudor principal (art. 1826 CC), el que permita al acreedor exigir otro fiador aun cuando el inicial no viniere al estado de insolvencia (art. 1829 CC), el que exonere al acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados cuando no concurra ninguna de las causas de exclusión de la excusión (arts. 1831 y 1833 CC), el de renuncia a la extinción de la fianza cuando por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado en los derechos o hipotecas del mismo (artículo 1852 del Código Civil), o el que le impida oponer al acreedor las excepciones propias del deudor principal y que sean inherentes a la deuda (art. 1853 CC), etc.

Igualmente, podrán declararse ineficaces frente al fiador consumidor determinadas cláusulas del contrato de préstamo o crédito 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 (como fue el caso de la cláusula suelo a que se refería la sentencia núm. 314/2018, de 28 de mayo). En el presente caso en la demanda no se impugnó la operación crediticia, ni la liquidación practicada que determinó el saldo deudor, ni específicas cláusulas o condiciones contrarias a norma imperativas; lo que se pidió fue la declaración de nulidad total de la fianza, incidiendo especialmente en el carácter abusivo del pacto de solidaridad y la renuncia a los derechos de división, orden y excusión.

2.2. En todos los supuestos antes citados de impugnación de determinadas cláusulas del contrato de fianza cabe la posibilidad de que, en caso de declaración de la nulidad de la estipulación o estipulaciones impugnadas, eventualmente llegue a producirse y declararse también la nulidad de todo el contrato; ello será así en los casos en que aquella nulidad parcial derive en la inviabilidad de la subsistencia del propio contrato de fianza en su totalidad en los términos previstos en el art. 10.1 LCGC (en el mismo sentido, entre otras, vid. STJUE de 26 de marzo de 2019 asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, Abanca).

2.3. Por tanto, con carácter general, todo lo anterior vendría a avalar la tesis de que no cabe pretender que el contrato de fianza en su totalidad (incluyendo por tanto las estipulaciones que definen sus elementos esenciales u objeto principal), con independencia de su mayor o menor extensión, tenga la consideración de mera cláusula, estipulación o condición general del contrato de financiación, incluso si se ha documentado conjuntamente en un mismo documento, y en base a dicha pretendida naturaleza de mera cláusula contractual declarar su íntegra nulidad por abusiva, sobre la base de unas acciones que, en principio, están previstas legalmente no para obtener la nulidad íntegra de los contratos, sino para restablecer el equilibrio real de las prestaciones de las partes mediante la supresión de las cláusulas abusivas. Así lo hemos declarado también en las citadas sentencias 56/2020, de 27 de enero, y 820/2021, de 29 de noviembre (y en diversos autos como el de 30 de marzo de 2022, rec. n.º 2147/2019), sin perjuicio de que, como entonces advertimos pueda apreciarse la abusividad de la garantía fideiusoria en su totalidad cuando incurra en la interdicción de las "garantías desproporcionadas".

3.- Las fianzas generales o fianzas ómnibus

3.1. En el presente caso, dadas las características de la operación garantizada (apertura de crédito vinculada a una cuenta liquidatoria, con liquidaciones periódicas, en las que se pueden cargar como partidas los saldos deudores de otras operaciones crediticias o comerciales, incluso futuras, entre las entidades acreditante y acreditada), la fianza constituida para garantizar el saldo resultante al cierre de la cuenta tiene el carácter de fianza general (también denominada fianza "ómnibus") o garantía fideiusoria global, figura cuya validez ha sido admitida por la jurisprudencia de esta sala al amparo de los arts. 1255, 1822 y 1825 CC.

En la sentencia 148/2000, de 23 de febrero, partimos de la doctrina previa de la sala sobre la validez de las obligaciones futuras:

"la sentencia de 20 de febrero de 1987 considera válida la fianza por deudas futuras, de cuantía desconocida e incierta, si bien no cabe reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida; la de 10 de febrero de 1989 contempla y declara válida la fianza de las obligaciones que deriven de un contrato de arrendamiento de servicios; la de 20 de mayo de 1989 reitera que el fiador sólo viene obligado al pago cuando la deuda es líquida y exigible, partiendo de la validez de la fianza de la obligación futura; la de 29 de abril de 1992 destaca la posibilidad de constituir válidamente fianza por obligaciones futuras e inciertas y de cuantía desconocida y en el caso de autos no admite que tal validez alcance a obligaciones nacidas después de la muerte del fiador; la sentencia de 10 de julio de 1995 declara la validez de una fianza encubierta en un préstamo y dice, literalmente, que la fianza puede llevarse a cabo por cualquiera de las formas que admite el Código civil, lo que no impide que se desarrolle con autonomía

cuando las partes así lo convinieren, difuminándose la nota de accesoriedad respecto al contrato principal. En todo caso, son constantes las sentencias que contemplan fianzas de obligaciones futuras sin plantearse siquiera el tema de su validez, que se considera indiscutible y que es práctica habitual en el tráfico mercantil".

3.2. Sobre esa base y con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y en el concepto del contrato de fianza (art. 1822 CC) y de la regulación de la obligación garantizada como objeto de la misma, concluimos afirmando también la validez de las fianzas generales o globales, siempre que se cumplan estas condiciones:

"- primero: no se atente a la normativa sobre condiciones generales de la contratación o cláusulas abusivas, tal como aparecen reguladas en las leyes 7/1998, de 13 de abril y 26/1984, de 19 de julio, modificada por aquélla, no aplicables al caso presente, por ser anteriores a su entrada en vigor;

"- segundo: la obligación garantizada sea determinada o determinable, lo que significa, no sólo que exista la obligación y se desconozca su importe, sino también que no haya nacido la obligación y pueda nacer en el futuro, quedando determinada o determinable por fijarse -es el caso más frecuente, como el presente- las partes cuyas relaciones jurídicas hagan nacer las obligaciones que se garantizan y el importe máximo de las mismas;

"- tercero: se armonice la indeterminación de la obligación garantizada con la fianza con el carácter expreso de ésta, que contempla el artículo 1827 del Código civil de tal manera que sólo se admite la obligación que sea determinable -no la absolutamente indeterminada- por -como mínimo- la concreción subjetiva de las partes entre quienes nacerá la obligación y por la concreción objetiva de la cuantía, aunque sólo sea como máximo".

3.3. En el presente caso se cumple la triple exigencia de (i) la existencia una relación jurídica conectada con la obligación garantizada: la apertura de crédito en cuenta corriente como relación jurídica de la que podrá surgir el saldo deudor como consecuencia de las partidas de cargo previstas en el contrato; (ii) la concreción subjetiva de las partes entre quienes nacerá la obligación (en el caso, Banco Popular e ISUMALI); y (iii) la concreción objetiva de la cuantía, aunque sólo sea como máximo (60.000 euros).

3.4. Además, desde el punto de vista de la legislación de protección de los consumidores resulta necesario que la fianza no incurra, como hemos avanzado, en la proscripción de constituir una "garantía desproporcionada".

Como declaramos en la sentencia 820/2021, de 29 de noviembre, "desde el punto de vista del control de abusividad, 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 (arts. 1911 CC) y 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 acreedor (art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE), su ajuste o no a su normativa específica. En concreto, la disposición adicional 1.18ª LGDCU prescribía: "[...] 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".

En el caso que ahora se enjuicia no consta la existencia de ninguna otra garantía personal o real; el importe de la responsabilidad por la fianza coincide con el importe del límite del crédito garantizado; y no hay datos que permitan concluir que, atendida la solvencia de la entidad acreditada, o la ausencia de disminución del tipo de interés pactado correlativa a la mayor garantía que representa la fianza (u otras ventajas reconocidas a la deudora, como la ampliación del plazo de pago de las deudas cargadas en la cuenta, etc), exista una desproporción entre las garantías pactadas y el riesgo asumido por el acreedor contraria a las exigencias de la buena fe. Ese riesgo estaba delimitado por dos elementos: (i) el límite máximo del crédito, de forma que la responsabilidad del fiador no podría exceder ese límite (60.000 euros); y (ii) por el incumplimiento de la obligación garantizada por la deudora principal (el saldo al cierre de la cuenta), al margen de la naturaleza o modalidad de la operación concreta cuyo cargo en la cuenta liquidatoria determinase ese saldo exigible.

En este sentido no resulta relevante (pues no aumenta el límite del riesgo asumido) que alguna de las partidas de cargo de la cuenta estuviese representada por el importe de las liquidaciones negativas del contrato de permuta financiera de intereses suscrito por la acreditada con el banco, en una fecha posterior a la propia póliza en la que figura la fianza (que, como hemos dicho, responde a la modalidad de fianza general y garantizaba también, por su propia tipología contractual, obligaciones futuras).

3.5. Téngase en cuenta que, como ha señalado la doctrina científica y la jurisprudencia de esta sala (sentencias 56/2020, de 27 de enero, y 820/2021, de 29 de noviembre), incluso la mera existencia de varias garantías respecto de un mismo crédito no supone per se incurrir en la situación de sobregarantía proscribida por la disposición adicional 1ª.18 LGCU, pues el art. 1844 CC admite la existencia de dos o más fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, y del art. 1860 CC se deduce la admisión de que para el aseguramiento de un mismo crédito se den varias cosas en prenda o hipoteca, y que la posibilidad de la concurrencia cumulativa de garantías personales y reales deriva del art. 105 LH al prescribir que la hipoteca "no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil". Lo que impide en un

caso como el presente, en el que no concurría ninguna otra garantía, apreciar la existencia de una garantía desproporcionada al riesgo de la operación.

4.- El pacto de solidaridad en la fianza y la renuncia a los derechos de división, orden y excusión.

4.1. En el caso que ahora enjuiciamos, la recurrente, además de pedir la declaración de nulidad del pacto de fianza en su integridad, hace hincapié en la falta de transparencia y abusividad que atribuye al pacto de solidaridad de la fianza y a las renunciaciones a los derechos de excusión, orden y división. Respecto de estos pactos hemos declarado reiteradamente (sentencias 56/2020, de 27 de enero, 101/2020, de 12 de febrero, y 820/2021, de 29 de noviembre) 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 (arts. 1831 y 1837), en cuanto afectantes a las obligaciones de pago del fiador, en conexión con las normas vigentes en cada momento sobre las obligaciones de información en la fase precontractual (claramente reforzadas, en particular respecto de los garantes, en la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), la claridad de su redacción, y el tratamiento secundario o no dado a la misma en el contrato, a fin de permitir el conocimiento por el fiador de las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula (cfr. STS 314/2018, de 28 de mayo), aunque en este caso la finalidad de dicha información no es tanto permitir comparar ofertas - pues en puridad en la fianza gratuita no hay prestación correspondiente a cargo del acreedor -, cuanto permitir al fiador conocer el alcance del riesgo asumido".

4.2. Es decir, lo determinante para la transparencia de una cláusula (pacto) de esta naturaleza 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.

4.3. Desde esa perspectiva, la sentencia recurrida ha considerado que la cláusula controvertida supera el control de transparencia material. Al igual que sucedía en los casos resueltos por las citadas sentencias, resulta relevante que: (i) el convenio de fianza litigioso no es complejo, de forma que para su comprensión no son necesarios conocimientos financieros o económicos especiales; (ii) su regulación contractual se integra por una cláusula única, de forma que la intervención de los fiadores se limita a suscribir el contrato de fianza (es decir esa cláusula), por lo que no puede considerarse que su contenido estuviera dentro del contrato sin la debida separación o sin destacar; (iii) la póliza se encabeza con un epígrafe inequívoco ("póliza de crédito con garantía personal en cobertura de riesgos"), que aparece destacado en mayúsculas y negrita (con el doble énfasis de las expresiones "garantía personal" y "cobertura de riesgos"); y (iv) la redacción de los términos de la fianza son claros, no contiene una exposición farragosa e innecesariamente extensa u oscura; su contenido no se limita a referirse a la renuncia de los reiterados beneficios de excusión, orden y división, sino que incorpora una explicación breve y clara sobre sus consecuencias jurídicas y económicas al afirmar que "[...]La fianza se hará efectiva a primer requerimiento del Banco sin necesidad de que éste justifique que ha interpuesto diligencias judiciales contra el/los beneficiarios o se vea obligado a ejecutar con anterioridad cualesquiera prenda/s o garantía/s establecida/s a favor del/los Beneficiario/s".

Por tanto, el alcance del compromiso obligacional de los fiadores, en cuanto a su contenido esencial de garantía y el límite de ésta, sobre el que ha de proyectarse específicamente la atención del fiador, está delimitado de forma concreta, sin que su conocimiento y posibilidad de comprensión quede dificultada por la extensión, oscuridad o lo farragoso de su contenido, como puede suceder en el caso de otros contratos más complejos.

4.4. Finalmente, puede obviarse que tanto la renuncia a la excusión como el pacto de solidaridad están expresamente previstas y autorizadas por el Código civil y que, como también hemos resaltado en las citadas sentencias 56/2020 y 101/2020, 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 (art. 1831.2º CC), como el de división (art. 1837.1 CC). Por lo que la nulidad de dichas renunciaciones a los beneficios de división, orden y excusión, por su eventual abusividad, en caso de que pudiera estimarse posible a pesar de estar expresamente prevista en el Código, carecería de todo efecto útil, al coincidir sus efectos con los propios de la fianza solidaria con arreglo a la regulación dispositiva prevista en el propio Código (art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE).

5.- En el marco de esta doctrina, la Audiencia basó su conclusión favorable a la superación del control de transparencia en las siguientes razones:

"i) se regula en una sola cláusula dentro del contrato, es decir, no aparece dispersa u oculta entre varias cláusulas; ii) el contrato se denomina póliza de crédito "con garantía personal" en cobertura de riesgos, lo que evidencia que la fianza forma parte del referido contrato y no puede pasar desapercibido a los actores; iii) los actores

no pueden ignorar el significado de fiador o avalista porque han intervenido con esa condición en otras operaciones financieras distintas según los documentos 2, 3 y 4 de la contestación; iv) la cláusula no se limita a la simple renuncia de los beneficios de orden, excusión y división sino que explica suficientemente los efectos jurídicos y económicos que implica esa renuncia al señalar que "constituye/n fianza solidaria a favor del banco garantizando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el/los beneficiarios dimanantes de esta póliza, extendiendo dicha solidaridad con respecto a cualquier otro fiador"; v) la fianza solidaria está especialmente prevista en el párrafo segundo del artículo 1.822 del Código civil como una modalidad de fianza".

Esta valoración jurídica de Audiencia en la sentencia impugnada, en la que destaca además la experiencia de los demandantes por su participación como fiadores en otras operaciones financieras previas, es conforme con la doctrina jurisprudencial de esta sala, sin que podamos apreciar ninguna contradicción o vulneración de la misma.

6.- Por último, no puede desvirtuar la conclusión anterior ni la afirmación de los demandantes de que creían estar afianzando un préstamo personal de su hijo, lo que choca frontalmente con la regulación del contrato, ni el argumento sobre el carácter indefinido de la garantía. La razón de ello es que las prórrogas anuales se preveían sin perjuicio de la facultad de cada una de las partes de solicitar su cancelación con quince días de antelación respecto de la fecha de vencimiento inicialmente prevista o de la prórroga en curso (cláusula 16.^a), lo que impide interpretar la fianza como indefinida, interpretación que resultaría contraria a la jurisprudencia de esta sala. Como declaramos en la sentencia 612/1999, de 3 de julio, en relación también con el aval de unas operaciones comerciales, "entenderlo de otro modo significaría blindar y mantener perpetua "sine die" una relación, a la que es contrario el Código Civil (artículo 400 -comunidad de bienes-, 1052 - disolución de las sociedades civiles-, 1732 -revocación del mandato-, 1750 -duración del mandato- y 279 del C. de Comercio -revocación de la comisión-), y no conciliarse su eficacia con doctrina jurisprudencial por tratarse de relaciones indefinidas en cuanto a su duración temporal (párrafo segundo del art. 1289 del C.civil)".

7.- En consecuencia, el recurso de casación debe ser desestimado.

Quinto. Costas y depósitos

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a los recurrentes.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.^o- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Silvio y D.^a Aida contra la sentencia n.º 1344/2019, de 25 de noviembre, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, en el recurso de apelación núm. 811-CL790/19.

2.^o- Condenar al recurrente al pago de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.