



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

---

Facultade de Dereito

Programa de simultaneidad del Grado en Derecho y el Grado en Administración  
y Dirección de Empresas

**VALIDEZ DE CLÁUSULAS  
FINANCIERAS EN PRÉSTAMO CON  
GARANTÍA HIPOTECARIA ENTRE  
EMPRESARIOS Y  
RESPONSABILIDAD DE LA  
PRESTATARIA Y DE SU ÓRGANO DE  
ADMINISTRACIÓN**

Trabajo de Fin de Grado en Derecho presentado por  
**Dña. OLGA GAGO DOMÍNGUEZ**

Dirigido por  
**Dr. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO**  
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña

A Coruña, 2020

## SUMARIO

<b>ABREVIATURAS</b> .....	4
<b>SUPUESTO</b> .....	5
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	8
<b>CUESTIONES</b> .....	9
<b>I. Analice la validez y eficacia de las cláusulas financieras objeto del contrato de préstamo concedido, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las normas reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.....</b>	<b>9</b>
I.1. La condición de “consumidor y usuario” y la protección que la normativa y la jurisprudencia le ofrecen. ....	9
I.2. Estudio de la validez y eficacia de las cláusulas financieras: El doble control de transparencia y el control de contenido. ....	11
I.2.1. Cláusula <i>TERCERA</i> : Comisión de apertura .....	14
I.2.2. Cláusula <i>CUARTA</i> : Cuotas de devolución .....	15
I.2.3. Cláusula <i>QUINTA</i> : Interés variable e índice IRPH.....	16
I.2.3.1. Cláusula <i>QUINTA bis</i> : Limitación del tipo de interés al alza y a la baja. Cláusulas suelo y techo .....	17
I.2.3.2. Cláusula <i>QUINTA ter</i> : Redondeo del tipo de interés aplicable.....	18
I.2.4. Cláusula <i>SEXTA</i> : Vencimiento anticipado .....	19
I.2.5. Cláusula <i>SÉPTIMA</i> : Interés de demora.....	20
I.2.6. Cláusula <i>OCTAVA</i> : cesión del contrato.....	21
I.2.7. Cláusula <i>NOVENA</i> : limitación de la facultad de disponer del bien objeto de garantía .....	22
I.3. La subsistencia del contrato concertado entre BANKYA y ROYAL PROMOCIONES .....	22
<b>II. Determine la validez y la eficacia de la cesión del crédito y de la garantía hipotecaria realizada por BANKYA, S.A. a favor de GALICAIXA, S.A. ....</b>	<b>24</b>
II.1. Calificación de la cesión efectiva como de crédito y no de contrato.....	24
II.2. Requisitos necesarios para la validez de la cesión del crédito hipotecario .....	24
II.3. Eficacia <i>inter partes</i> y <i>erga omnes</i> de la cesión del crédito hipotecario .....	25
II.4. Efectos de la cesión del crédito hipotecario.....	26
<b>III. Determine si es posible que, en la situación expuesta, pueda declararse, con plena validez, el vencimiento del préstamo con garantía hipotecaria. ....</b>	<b>27</b>
III.1. El vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario concertados entre empresarios.....	27
III.1.2. Requisitos para la ejecución plenamente válida del vencimiento anticipado del contrato de crédito hipotecario. ....	27
III.1.3. Efectos de la validez o invalidez del vencimiento anticipado del contrato de crédito hipotecario concertado entre empresarios y afianzado por consumidores. ....	29

<b>IV. Determine el o los cauces procesales adecuados para que la entidad financiera acreedora pueda satisfacer su derecho de crédito, así como la viabilidad de cada uno de ellos, en su caso. ....</b>	<b>31</b>
IV.1. Posición del crédito garantizado con hipoteca y fianza en el procedimiento de cobro y posibilidades procesales de la entidad de crédito titular del mismo.....	31
IV.1.1. Declaración de la deudora en concurso de acreedores con carácter previo al ejercicio del derecho de crédito por parte de la entidad crediticia y posible disolución por pérdidas. ....	32
IV.1.2. Deudora no declarada en concurso de acreedores. Ejercicio de la acción real y la acción personal: Posibilidad de acumulación de acciones y legitimación pasiva de los fiadores en el procedimiento hipotecario .....	38
IV.1.2.1. Ejercicio de la acción personal y sus posibilidades procedimentales .....	38
IV.1.2.2. Ejercicio de la acción real y procedimiento especial hipotecario .....	39
IV.1.2.4. Declaración de la deudora en concurso de acreedores con carácter posterior al ejercicio de las acciones contempladas .....	40
IV.1.3. Posibilidades de oposición de los fiadores y la deudora a la ejecución hipotecaria .....	41
<b>V. Determine la posible responsabilidad en la que pueda haber incurrido la administradora de ROYAL PROMOCIONES, S.L. y, en su caso, la cobertura del seguro de D&amp;O. ....</b>	<b>42</b>
V.1. Responsabilidad –fuera del concurso- del órgano de administración por posible incumplimiento de los deberes del cargo. ....	42
V.2. Responsabilidad del órgano de administración derivada del incumplimiento de la ley en el ámbito del concurso de acreedores de ROYAL PROMOCIONES S.L. Especial referencia a la responsabilidad de carácter penal. ....	43
V.3. Cobertura del Seguro de responsabilidad civil de Directivos y Administradores ( <i>Directors and Officers Liability Insurance: “D y O”</i> ). ....	44
V.4. Tratamiento procesal del resarcimiento del daño producido, peculiaridades en el caso de la declaración de la deudora en concurso de acreedores y oposiciones por parte de la administradora societaria. ....	46
<b>VI. Determine si es posible que la entidad financiera acreedora pueda ejercitar acciones de reintegración de negocios dispositivos realizado por ROYAL PROMOCIONES, S.L.....</b>	<b>47</b>
VI.1. Requisitos para el ejercicio de las acciones de reintegración en el concurso de acreedores y ámbitos de aplicación. ....	47
VI.2. Legitimación y procedimiento.....	48
VI.3. Efectos derivados de la posible rescisión. ....	49
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>50</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>52</b>
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>53</b>

## ABREVIATURAS

<b>ATJUE</b>	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>AAPP</b>	Audiencias Provinciales
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>DA</b>	Disposición Adicional
<b>DT</b>	Disposición Transitoria
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CCo</b>	Código de Comercio
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CECA</b>	Confederación Española de Cajas de Ahorros
<b>CS</b>	Capital Social
<b>IRPH</b>	Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios
<b>LAJ</b>	Letrado/a de la Administración de Justicia
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LC</b>	Ley Concursal
<b>LCCI</b>	Ley de Contrato de Crédito Inmobiliario
<b>LCGC</b>	Ley sobre las Condiciones Generales de la Contratación
<b>LGDCU</b>	Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios
<b>LH</b>	Ley Hipotecaria
<b>LMV</b>	Ley del Mercado de Valores
<b>LCS</b>	Ley de Contrato de Seguro
<b>LSC</b>	Ley de Sociedades de Capital
<b>OM</b>	Orden Ministerial
<b>Orden HEA</b>	Orden del Ministerio de Economía y Hacienda
<b>Orden PRE</b>	Orden del Ministerio de la Presidencia
<b>PGC</b>	Plan General Contable
<b>PYME</b>	Pequeña y Mediana Empresa
<b>PN</b>	Patrimonio Neto
<b>RDL</b>	Real Decreto Legislativo
<b>RDGRN</b>	Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado
<b>RH</b>	Reglamento Hipotecario
<b>RP</b>	Registro de la Propiedad
<b>SL</b>	Sociedad Limitada
<b>SA</b>	Sociedad Anónima
<b>SAP</b>	Sentencia de Audiencia Provincial
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>SSTS</b>	Sentencias del Tribunal Supremo
<b>STJUE</b>	Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE
<b>SSTJUE</b>	Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TRLGDCU</b>	Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
<b>UE</b>	Unión Europea

## SUPUESTO

Amanece el 24 de febrero de 2006 en Lugo, donde un ejemplar de *La Voz de Galicia* muestra a sus lectores que los indicadores macroeconómicos, la continua bajada de los tipos de interés en la zona Euro y los factores socio-políticos españoles del momento auguran un nuevo y hermoso día en el que el incremento del precio de la vivienda parece seguir su curso.

Dña. Aurelia, vecina lucense y lectora habitual del susodicho diario decide, inspirada por las oportunidades que ofrece el contexto social, constituir una sociedad limitada cuyo objeto social sea la construcción y la promoción inmobiliaria de viviendas destinadas a su venta a terceros.

Aquella voluntad se plasma en fecha 2 de marzo de 2006 en la constitución de ROYAL PROMOCIONES, S.L., nombrándose a Dña. Aurelia como administradora única y suscriptora de un 20% del capital social fijado en la suma de 3.000,00 €, junto con otros cuatro socios (Dña. Cornelia, Dña. Octavia, D. Ticio y D. Cayo) que suscriben y desembolsan el 80% del capital social restante en el momento de la constitución (cada uno de ellos suscribe un 20%). Una vez inscrita la sociedad en el Registro Mercantil de Lugo y formalizada su constitución, se producen las primeras juntas generales de socios para decidir las estrategias de negocio y acometer las inversiones y las solicitudes de la financiación necesaria para iniciar la actividad social. Los acuerdos sociales adoptados por unanimidad de los socios fueron los que siguen:

1º) El 11 de noviembre de 2006, ROYAL PROMOCIONES, S.L. suscribe, en condición de tomadora, una póliza de Seguro de Responsabilidad de Consejeros y Directivos (seguro de D&O) con “ALIENS Seguros de Empresas. Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.”, asegurando la responsabilidad civil en la que pudiera incurrir Dña. Aurelia en el ejercicio de su cargo como administradora social de la referida entidad mercantil, con vencimiento el 11 de noviembre de 2017. El contrato de seguro referido cubre “*las reclamaciones que pudieran presentarse por responsabilidad civil contra la administradora de Royal Promociones, S.L. por actos de gestión incorrectos que hubiere podido cometer*”, entendiéndose estos como aquellas “*acciones u omisiones involuntarias o negligentes, no dolosas ni gravemente culpables, cometidas por la asegurada en la gestión de los intereses sociales, en calidad de administradora de Royal Promociones, S.L.*”.

2º) La Junta General de la Sociedad aprobó proceder a promover la construcción de un edificio residencial destinado a la venta a terceros, en un terreno del que era propietaria y titular registral, habiendo sido vendido por uno de los socios en el momento de la constitución de la Sociedad, por un precio de 450.000,00 €, sito en el término municipal de Ribeira, calle Norte núm. 25 (Palmeira), correspondiente a la finca registral 9.432 del Registro de la Propiedad de Noia, libre de cargas, gravámenes y arrendatarios.

Para financiar la obra proyectada fue necesario recurrir a financiación externa, ante la falta de liquidez de la Sociedad. Fruto de las negociaciones con la entidad financiera BANKYÁ S.A., esta entidad ofreció a ROYAL PROMOCIONES S.L. un contrato de crédito a la promoción, con garantía hipotecaria, por un nominal de 950.000,00 € y vencimiento a 15 años, desde la fecha en que sea formalizado ante notario, en el que se incluyen, entre otras, las siguientes cláusulas:

*“(…) Cláusula TERCERA.- La prestataria, Royal Promociones, S.L. satisfará una comisión de apertura del cero coma cincuenta y cinco por cien (0,55%) sobre el capital del préstamo. El importe de esta comisión será abonado por Royal Promociones, S.L. mediante cargo a cuenta, en el momento en que se efectúe la fecha de la firma del presente otorgamiento.*

*Cláusula CUARTA.- El préstamo deberá ser devuelto por Royal Promociones, S.L. dentro del plazo de duración del mismo, a través de un total de ciento ochenta (180) cuotas mensuales comprensivas de capital e intereses que vencerán el último día de cada mes.*

*Cláusula QUINTA.- El capital dispuesto y no amortizado del préstamo devengará diariamente un interés nominal fijo del seis por ciento anual (6%), durante*

*el primer año, que se liquidará y se pagará a BANKYA S.A., con carácter vencido, cuando así proceda con arreglo a la cláusula CUARTA (...). Transcurrido el plazo de devengo, durante el periodo de tiempo comprendido entre esta fecha y la fecha de vencimiento final del préstamo, se aplicará un tipo de interés variable que corresponderá al IRPH-Entidades más tres (+3) puntos.*

**Cláusula QUINTA bis.-** *No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) ni superior al quince por ciento (15%).*

**Cláusula QUINTA ter.-** *Si la suma del tipo de interés de referencia y el margen no fuera múltiplo exacto de un octavo de punto porcentual (0,125%), el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo más cercano de dicho octavo de punto porcentual.*

**Cláusula SEXTA.-** *BANKYA, S.A. podrá dar por vencido el préstamo, aunque no hubiere transcurrido el plazo total del mismo, y reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses, en caso de falta de pago de, al menos, tres (3) de los plazos pactados de intereses y cuotas u otras obligaciones dinerarias derivadas del presente contrato.*

**Cláusula SÉPTIMA.-** *En caso de no satisfacerse a BANKYA, S.A., a su debido tiempo, las obligaciones pecuniarias derivadas del crédito, incluso las nacidas por causa del vencimiento anticipado, las sumas adeudadas, con indiferencia de que se haya iniciado o no su reclamación judicial, producirán intereses de demora, desde el día siguiente inclusive a aquel en que la falta de pago se haya producido, hasta el día en que se realice el pago, al tipo de interés nominal anual del dieciocho, coma, cincuenta por ciento (18,50%). Los intereses de demora se devengarán y liquidarán día a día.*

**Cláusula OCTAVA.-** *La prestamista BANKYA, S.A. se reserva el derecho de transmisión de todos los derechos dimanantes de este contrato, sin necesidad de notificar a Royal Promociones, S.L. la cesión de la transferencia a un tercero, el cual, renuncia al derecho de ser notificado por la misma.*

**Cláusula NOVENA.-** *La prestataria, Royal Promociones, S.L. renuncia a su derecho de disposición sobre el bien inmueble objeto de garantía durante el periodo comprendido desde el otorgamiento de este contrato, hasta haber desembolsado cien (100) de las cuotas debidas a BANKYA S.A, el cual solo podrá ejercer bajo el consentimiento expreso de la prestamista, BANKYA S.A (...)."*

El día 15 de abril de 2007, ROYAL PROMOCIONES, S.L. y BANKYA, S.A. formalizan el préstamo mediante el otorgamiento de escritura pública ante notario, constituyéndose, en la misma escritura pública, hipoteca inmobiliaria sobre la finca propiedad de la prestamista sita en Ribeira (debidamente inscrita la garantía, pasando a indicarse en el folio registral del inmueble el susodicho gravamen), y con siete avales personales solidarios (otorgados por la propia administradora societaria, su madre Dña. Flavia, su pareja D. Sempronio, y los otros cuatro accionistas de la Sociedad).

Tras la abrupta caída del precio del suelo urbano y de la vivienda, la Administradora de la Sociedad que comprueba que el negocio esperanzador que había ideado se estaba desmoronando, toma ciertas decisiones en el ejercicio de su cargo y vende parte del inmovilizado material que conforma el activo de ROYAL PROMOCIONES, S.A. a un precio inferior al de mercado, con el objetivo de ganar liquidez rápida y poder hacer frente a las crecientes deudas acumuladas generadas por el negocio. Entre las enajenaciones, que se producen de manera intermitente hasta el año 2017, se encuentra el inmueble gravado como garantía del préstamo otorgado por BANKYA, S.A.

En el año 2013, BANKYA, S.A., debido a una serie de deudas fruto de la situación crítica del mercado interbancario y de las que es acreedora GALICAIXA, S.A., cede a esta segunda el contrato de préstamo concertado con ROYAL PROMOCIONES, S.L., sin previa notificación a la deudora, ni a los avalistas.

Con fecha el 15 de julio de 2018, GALICAIXA, S.A. declara vencido anticipadamente el contrato de préstamo del que ahora es acreedora, debido al impago

por parte de ROYAL PROMOCIONES, S.L de las últimas diez (10) mensualidades del mismo (equivalentes a un total de 77.084,60 € euros), exigiendo a la Sociedad prestataria las cantidades ya vencidas y no satisfechas, así como la parte del préstamo pendiente de amortización, los intereses remuneratorios devengados y no satisfechos y los intereses moratorios devengados (calculados de conformidad con las cláusulas financieras del contrato de préstamo) y los que se devenguen hasta la efectiva restitución del importe total del préstamo. En esta misma fecha, ROYAL PROMOCIONES, S.L. empieza a no pagar las mensualidades correspondientes a los suministros de luz y agua del edificio que se encontraba en fase de construcción y pendiente de obtener el certificado final de obra, al tiempo que no pudo hacer frente a la factura de honorarios profesionales que le giró, en el mes de agosto de 2018, el Arquitecto Técnico Director de ejecución técnica de la obra.

Asimismo, GALICAIXA, S.A., se plantea la posibilidad de ejercer acciones legales contra la administradora de ROYAL PROMOCIONES, S.L., Dña. Aurelia, pues considera que sus actos de disposición de activos de la Sociedad deudora han perjudicado o puesto en riesgo el cobro de su deuda.

ROYAL PROMOCIONES, S.L., por su parte, manifiesta no haber contratado ningún préstamo con GALICAIXA, S.A., al tiempo que afirma que *“no se había informado debidamente del contenido de las cláusulas a sus avalistas”* y que los intereses ascienden a una cantidad a la que, *“de haberlo sabido, nunca podrían llegar a hacer frente”*. En palabras de su administradora: *“La actuación que he tenido desde el principio siempre ha sido llevada a cabo en interés de favorecer la continuidad de la compañía y buscando el pago rápido a nuestros acreedores y proveedores, nunca intentando perjudicar su cobro, pero la situación no me ha dejado otra alternativa”*.

## INTRODUCCIÓN

El supuesto de hecho que se presenta y se desarrolla en este trabajo pretende ser muestra y dar respuesta jurídica a una de las múltiples situaciones críticas en las que se han visto sumidas un gran número de sociedades luego de la recesión económica que asoló la economía mundial y la española a raíz del año 2007, cuyos efectos se arrastran hacia la más reciente actualidad sobre el conjunto de actores y sectores económicos, siendo así, de forma más intensa, sobre los consumidores, las PYMES y las entidades crediticias y financieras.

El periodo comprendido entre los años 1997 y 2007 supuso en España un punto álgido de atracción que llevó a un gran número de pequeños inversores y emprendedores a vincularse económicamente a la actividad inmobiliaria. Siendo así, la figura de Dña Aurelia y ROYAL PROMOCIONES, S.L. una muestra de cómo la constitución de sociedades mercantiles generaba, en muchos casos, la necesidad de acudir a financiación externa, proporcionada, usualmente, por entidades crediticias y financieras. Surge aquí el papel de BANKYA, S.A., que refleja como la concesión de préstamos en masa suponía la introducción de cláusulas no negociadas individualmente con sus adherentes, mostrando, en parte, la falta de diligencia a la hora de valorar, tanto la capacidad de solvencia de los prestatarios, como su posible cognoscibilidad sobre los perjuicios que pudiere acarrearle el contenido de las mismas. Examinaremos, en la Cuestión I, la solución que otorgan el TJUE y el TS para controlar su validez, en función de si el contratante es calificado como consumidor o empresario, y bajo la aplicación de la legislación de defensa de los consumidores y usuarios y de la normativa sobre CGC.

La caída del precio de la vivienda y del suelo urbano en el año 2007 supuso, no solo que numerosos prestatarios no fuesen capaces de hacer frente a los créditos solicitados, sino que las propias financieras sufriesen tensiones dentro del mercado interbancario, bien cediendo créditos a otras entidades con el objetivo de no esperar al vencimiento de la obligación para cobrarla, o bien con el fin de saldar deudas generadas entre ellas, lo que se muestra a través de BANKYA, S.A. y GALICAIXA, S.A., y que nos llevará a calificar la cesión según su naturaleza y por tanto, a analizar en la Cuestión II, a la luz de la jurisprudencia del TS, si ha sido válida o no, con el fin de conocer cuál de las entidades es la legitimada para reclamar el pago a la deudora.

En cuanto a la deudora, ROYAL PROMOCIONES, S.L., las consecuencias del contexto económico, sumadas a la existencia de las citadas cláusulas en el contrato de préstamo que suponían, a simple vista, un incremento del montante de intereses y comisiones a pagar, la pérdida de derechos de disposición y una anticipación del vencimiento de los contratos –sin apenas dejar margen a los adherentes para remediar la situación y, por tanto, debiendo ser tratado en la Cuestión III a través de los argumentos dados por el TJUE y el TS–, la llevan a una situación de insolvencia. La solución que proporciona nuestro ordenamiento, como estudiaremos en la Cuestión IV, recae en la solicitud del concurso de acreedores, que se presenta principalmente como una herramienta para favorecer la continuidad de la empresa y no, como erróneamente se concibe, una última opción previa a la liquidación. Con ello, el hecho de que la administradora no tome de manera ágil y precavida decisiones correctas y diligentes siguiendo la normativa, puede llevar a la sociedad a un resultado totalmente opuesto al deseado: la disolución y posible concurrencia de la administradora en responsabilidades civiles, penales y de diversa índole, como consideraremos en la Cuestión V. No obstante, se muestra crucial en estos casos la previa suscripción de una póliza de Seguro de Responsabilidad de Consejeros y Directivos (D&O), pues podría suponer un salvavidas para la administradora siempre y cuando garantice y observe la cobertura del riesgo de manera adecuada, lo que trataremos, igualmente, en la Cuestión V a través de la LCS y la jurisprudencia del TS.

Dentro del ámbito del concurso, la ejecución de garantías hipotecarias cuenta con una posición privilegiada, pero ello no implica que se encuentre libre de complejidades, ni que tal medio sea el más favorable y efectivo para que la prestamista satisfaga su crédito pues, como veremos en la Cuestión IV, la normativa concursal obliga a valorar si existe afección en los bienes que se pretenden ejecutar, siendo además necesario solicitar su reintegración al patrimonio de la deudora si estos han sido previamente enajenados pues, en función de su naturaleza y temporalidad, podrán ser o no devueltos a la masa activa del concurso, existiendo varias posibilidades de revocación y debiendo analizar, igualmente, su nulidad, en la Cuestión VI.

## CUESTIONES

**I. Analice la validez y eficacia de las cláusulas financieras objeto del contrato de préstamo concedido, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las normas reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.**

**I.1. La condición de “consumidor y usuario” y la protección que la normativa y la jurisprudencia le ofrecen.**

Con la finalidad de entrar a valorar la validez y la eficacia de las cláusulas financieras objeto del contrato de préstamo que se presentan en el supuesto, es necesario primero observar en nuestro ordenamiento el régimen de protección jurídica de consumidores y usuarios, que cuenta con rango constitucional<sup>1</sup> y actualmente aparece regulado en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU)<sup>2</sup> siendo, anteriormente, objeto de regulación en la Ley 26/1984, General para la defensa de consumidores y usuarios (LGCU) y en la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Es necesario hacer memoria de cada una de las piezas que componen el actual TRLGDCU<sup>3</sup>, ya que, por lo que a la resolución del supuesto respecta, será de aplicación la normativa vigente a fecha de la firma de la hipoteca en la que se encuentren las cláusulas que se pretenden analizar<sup>4</sup>— en este caso, el 15 de abril del 2007, siendo en la LGCU, la LCGC y las normas de trasposición donde debamos buscar una solución—. Nuestro objetivo, en un primer lugar, será la definición del concepto de consumidor y usuario:

En este caso y en un primer análisis sobre la prestataria, ROYAL PROMOCIONES SL, se constituye como una sociedad limitada que tiene como objeto social “*la construcción y la promoción inmobiliaria de viviendas destinadas a su venta a terceros*”. Sería comerciante, por tanto, en virtud del art.1 CCo, ya que, teniendo “*la capacidad legal para ejercer el comercio, se dedica a él habitualmente*” tratándose como “*compañía mercantil o industrial constituida con arreglo a este Código*”. No deja lugar a duda, como consecuencia, de lo establecido en la LGDCU, a la hora de solicitar un crédito a la promoción, no encajaría en el concepto de consumidora o usuaria<sup>5</sup>. Indica el Alto

---

<sup>1</sup> El art. 51.1 CE contempla como uno de los “*principios rectores de la política social y económica*” el deber de “*los poderes públicos*” de garantizar “*la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*”.

<sup>2</sup> Por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en vigor desde el 1 de diciembre de 2007, teniendo en cuenta sus posteriores modificaciones (destacadamente, las realizadas por la Ley 3/2014, y la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario). La mayor protección que recibe el consumidor se basa en que “*se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información*” (STS 241/2013, de 9 de mayo).

<sup>3</sup> Surge para hacer efectiva la orden, establecida por la Ley 44/2006, de refundir las disposiciones relativas a la protección del consumidor en un único cuerpo normativo. Así, se fusiona la LGCU junto con una serie de normas de trasposición de Directivas Comunitarias: La Ley 26/1991, de Ordenación del Comercio Minorista —trasposición de la Directiva 85/557/CEE, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles—; la Ley 47/2002 —traspone la Directiva 97/7/CE sobre la protección del consumidor en materia de contratos a distancia—; la Ley 23/2003 — trasposición de la Directiva 99/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo—; la Ley 22/1994 —trasposición de la Directiva 85/374/CEE—, sobre la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados —trasposición de la Directiva 85/374/CEE—; y, de manera más destacada, la Directiva 93/13/CEE —sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que fue traspuesta por la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación y que, en su disposición adicional primera, ya modificaba la LGCU de 1984.

<sup>4</sup> Como, por ejemplo, se realiza en la SAP de Soria 5/2018.

<sup>5</sup> Para el art. 3 TRLGDCU, en su redacción de 2007, “*las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”; modificado por la La Ley 3/2014, a tenor de cuya redacción tienen la condición de consumidores o usuarios las que “*actúan con un propósito ajeno a una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*” así como “*las personas jurídicas y las entidades*

Tribunal que este debe ser “interpretando a la luz de esa jurisprudencia comunitaria anterior a la promulgación del TRLGCU” como consecuencia del principio de primacía del Derecho de la Unión<sup>6</sup>. Así, debemos remitirnos al concepto que recoge el RDL 1/2007, para el que también se establecen unas pautas de interpretación<sup>7</sup> —respecto a la posición de la persona y naturaleza del contrato, independiente de cualquier actividad profesional y operación económica, excepto si esta se pudiere considerar marginal<sup>8</sup>—.

De esta forma, además de revestir la forma de sociedad mercantil —por ende, con ánimo de lucro, art. 116 CCo—, firma un contrato con el objetivo de adquirir financiación para realizar la actividad que recoge su objeto social. Así, la finalidad que persigue sería puramente profesional y, como consecuencia, característica de un “operador económico” y no de un consumidor. Ahora bien, es preciso recordar que nos encontramos ante dos relaciones jurídicas diferentes (préstamo y fianza) con pluralidad de contratantes. En cuanto al contrato de préstamo, como la sociedad prestataria no puede ser considerada como consumidora, no se tratará de un contrato de consumo<sup>9</sup>. Ello no implica que los garantes de la obligación lo sean o no, siendo necesario entrar a estudiar igualmente su condición<sup>10</sup>.

En cuanto a Dña. Aurelia, administradora societaria única, debemos remitirnos a lo expuesto en el caso *Dumitras*<sup>11</sup>, que indica que la Directiva 93/13/CEE debe aplicarse cuando las personas físicas que celebren un contrato con una entidad de crédito, “actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente”. Respecto a esa determinación, el vínculo funcional con la sociedad será “la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado”. En lo relativo al término de “gerencia”, la STS 1901/2018, del 28 de mayo, explica que se debe entender “cualquier modalidad de administración de la sociedad” donde “quien participa directamente de la toma de decisiones de la empresa tiene vínculo funcional con ella”. De esta forma, Dña Aurelia, en su condición de administradora única, estaría considerada como empresaria y no como consumidora.

---

*sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*”. Explica parte de la doctrina (MARÍN LÓPEZ, 2014, p.13), que de esta premisa se extrae la pretensión de “excluir a las personas jurídicas y entes sin personalidad que se constituyen ya con un claro ánimo de lucro, como las sociedades mercantiles (...)”.

<sup>6</sup> En la STS 230/2019 del 19 de abril, “Aunque en la fecha de celebración del contrato litigioso el criterio era el de destino final y no el de la actividad profesional, la jurisprudencia comunitaria ya aplicaba este último criterio (SSTJCE de 3 de julio de 1997, Benincasa y de 20 de enero de 2005, Gruber)”.

<sup>7</sup> “(i) El concepto de “consumidor” debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona (...) (ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional (...) les es de aplicación. (iii) (...) se define por oposición al de “operador económico” que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente (...). (iv) (...) una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional (...) podría ampararse (...) únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal (...) en el contexto de la operación, considerada globalmente”, STJUE de 25 de enero de 2018 (asunto *Schrems*).

<sup>8</sup> Se amplía el concepto hacia personas físicas que celebran contratos con fines mixtos —STS 224/2017, del 5 de abril, que indica que “el contratante deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina (sobre el personal) en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba”— incluso, con ánimo de lucro —STS 16/2017, de 16 de enero, donde se aclara que, para tratarse de una actividad profesional, debe incluir operaciones realizadas “asiduamente”, ya que esta característica se exige en el art.1.1.CCo como una cualidad de empresario—.

<sup>9</sup> El ATJUE, del 19 de noviembre de 2015, establece que la Directiva 93/13/CEE debe ser interpretada en el sentido de definir los contratos a los que se aplica en función de la condición de los contratantes.

<sup>10</sup> El ATJUE, del 19 de noviembre de 2015, también recalca que el contrato de garantía o fianza es “especialmente importante (...), ya que se basa en un compromiso personal del garante de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero, comportando (...) obligaciones onerosas (...) con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar”.

<sup>11</sup> ATJUE, de 14 de septiembre de 2016

Similar es el caso de los socios de la entidad —Dña. Cornelia, Dña. Octavia, D. Ticio y D. Cayo— pues, para su calificación como consumidores o empresarios debemos determinar si existe esa “*participación significativa en el capital social*”. Para ello, la susodicha sentencia del Alto Tribunal nos invita a no centrarnos en magnitudes numéricas<sup>12</sup>, pues lo determinante consistiría en analizar si el socio cuenta con “*una preeminencia tal en la sociedad que influya decisivamente en su toma de decisiones*”, que “*de facto, su voluntad y la del ente coincidan*” o bien, “*tenga un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza*”. De esta forma, por un lado, los socios de ROYAL PROMOCIONES SL, suscriben y desembolsan un 20% del capital social cada uno, repartiéndose entre ellos proporcionalmente y a partes iguales un 80%, lo que implica contar con un porcentaje relevante de participaciones, teniendo en consideración la tipología de sociedad en cuestión —SL, de carácter más bien cerrado y familiar—. Asimismo, si se observa la finalidad del contrato suscrito —adquirir financiación externa para iniciar la actividad recogida en el objeto social— y su aprobación por acuerdo unánime de la totalidad de socios, se hace cristalino que “*la voluntad de los socios y la del ente coinciden*”, y que todos contaban con “*un interés profesional y empresarial en la operación garantizada*”. Por tanto, los socios tampoco estarían considerados como consumidores, debido a esa participación e influencia relevante en la empresa.

Sin embargo, especial atención debemos prestar a los otros dos avales personales solidarios —Dña. Flavia, madre de la administradora, y D. Sempronio, pareja de la administradora—, ya que no consta que cuenten con ninguna “*vinculación funcional*” con ROYAL PROMOCIONES SL y todo parece indicar que han actuado con un “*propósito ajeno a su actividad profesional*”, como así se indica en el ATJUE de 14 de septiembre de 2015, pues su razón de actuar ha sido fruto de un vínculo familiar o amistoso, no profesional. Así, en el caso de Dña Flavia, la jurisprudencia parece ser unánime en considerar al progenitor fiador sin vinculación funcional como consumidor<sup>13</sup>. Contraria es la situación de D. Sempronio, ya que, aunque semeja cumplir los requisitos enunciados con anterioridad, no conocemos con claridad la relación que mantiene con Dña Aurelia pues, en caso de ser su cónyuge, la STS 594/2017, del 7 de noviembre, niega la calificación de consumidor al cónyuge casado en gananciales cuando el negocio jurídico que avala o afianza “*obedezca al tráfico ordinario del comercio o actividad empresarial del que se nutre la economía familiar y a cuyo ejercicio se ha prestado el consentimiento expreso o tácito por el otro cónyuge*”, apoyándose para ello en lo previsto en los arts. 6 y 7 CCo<sup>14</sup>. Aun así, como el supuesto que nos ocupa no proporciona más información que la de “*pareja*”, no podemos considerar probado que exista una economía familiar conjunta y, por tanto, calificaríamos a D. Sempronio como consumidor o usuario.

## **I.2. Estudio de la validez y eficacia de las cláusulas financieras: El doble control de transparencia y el control de contenido.**

En nuestro Derecho, la teoría general de los contratos encuentra su base en el principio de autonomía de la voluntad —consagrado en el art. 1255 CC<sup>15</sup>—, pues resulta “*indispensable para la explotación de la propiedad privada y para la realización tanto de la libertad de empresa como de la economía de mercado*”<sup>16</sup>. Este principio, ha sufrido ciertas alteraciones con la aparición de nuevas prácticas de contratación, como son los contratos por adhesión, donde “*sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas o modificarlas, sino simplemente aceptarlas o no*”<sup>17</sup>. Este tipo de contratos son comunes

<sup>12</sup> Como las que recogen los arts.151 LSC, 174 LMV, 175 LMV o 93.2.1º LC

<sup>13</sup> En este sentido, el ATJUE de 27 de abril de 2017, consideró consumidor a una persona física que carecía de vinculación manifiesta con la sociedad y que actuó “*por sus lazos*” con la persona que controlaba dicha sociedad.

<sup>14</sup> Que sujetan los bienes del cónyuge comerciante a la obligación, y los comunes si existiere consentimiento de ambos, presumiéndose el mismo cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del otro cónyuge.

<sup>15</sup> Pues “*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”.

<sup>16</sup> Cfr. BERCOVITZ, 2019, p. 23.

<sup>17</sup> STS de 13 de noviembre de 1998.

en el ámbito del consumo en masa, lo que ha supuesto un uso generalizado de los mismos por parte del sector bancario, debido a “*la imposibilidad y los costes que conllevaría una negociación individualizada con cada cliente*”<sup>18</sup>. El crédito de nuestro supuesto se trata, por tanto, de un contrato de esta tipología.

Su cuerpo se articula de cláusulas contractuales, denominadas condiciones generales de la contratación (CGC), siempre y cuando “*estén predispuestas e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes*”<sup>19</sup>. Las cláusulas de nuestro supuesto tampoco contaron con una negociación individual previa, por tanto, también revestirán esa forma. Todo lo relativo a ellas aparecerá previsto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC). En ningún caso se utilizarán como sinónimo de cláusula abusiva sin antes demostrar que “*en contra de las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales*”<sup>19</sup>. Por tanto, la referencia al consumidor va ligada a la existencia de abusividad en las cláusulas y, a pesar de que las CGC pueden aparecer tanto en relaciones entre empresarios como entre empresario-consumidor, su abusividad opera únicamente en este último ámbito<sup>20</sup>. Ello no implica que en el primero de los casos no puedan, bien declararse nulas con arreglo al art. 8 LCGC —al tratarse de un acto de comercio que contravenga la buena fe, art. 57 CCo o art. 1258 CC<sup>21</sup>—, o bien declararse no incorporadas por no superar los requisitos recogidos en el art. 7 LCGC<sup>22</sup>. En ambos planteamientos, según numerosa jurisprudencia del TS<sup>23</sup>, es necesario entrar a realizar un control de la validez de esas condiciones generales que se introducen en los contratos, que tendrá una doble vertiente: El denominado control de incorporación o adhesión que se aplica tanto con consumidores como con empresarios, —junto con el control de transparencia, pudiendo entenderse como un doble control de transparencia, pero aplicando este segundo sólo a consumidores—, y el control de validez o contenido, que únicamente interviene cuando el adherente cuenta con la condición de consumidor o usuario. Para aplicar estos dos controles al supuesto, respecto al contrato de préstamo con ROYAL PROMOCIONES SL, y al contrato de fianza con su administradora y sus socios, solo se podrá controlar la adhesión o, en su caso, estudiar la posible existencia de contravención de buena fe. En el caso de la fianza prestada por Sempronio y Flavia, sí se podrá entrar a controlar la transparencia y el contenido, pues se califican como consumidores.

En cuanto al control de incorporación, la normativa en vigencia a la fecha del contrato del supuesto nos lleva a remitirnos a los arts. 5 y 7 LCGC, y a los arts. 10.1 y 2 LGDCU<sup>24</sup>. En ellos se recogen requisitos formales, en el sentido de que “*están presupuestos para estimar que en el contrato que a la postre se celebre dichas cláusulas se han incorporado como contenido en el mismo*”, procurando una “*cognoscibilidad objetiva*” o actuando como un “*libro de instrucciones*”<sup>25</sup>.

El art.5.1 LCGC indica que “*las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo, sea firmado por todos los contratantes*” y se haga específica referencia a las mismas. No pudiendo entenderse aceptadas por el adherente si el predisponente no realiza esta referencia o no

<sup>18</sup> Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2014, p.334

<sup>19</sup> Fragmento contenido en el Preámbulo de la Ley 7/1998, sobre las condiciones generales de la contratación.

<sup>20</sup> En los contratos concertados con consumidores entraría en juego el denominado crédito al consumo, que aparece regulado en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (dictada al objeto de incorporar al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 2009/48 CEE) y que brinda al consumidor, junto con el TRLGDCU, una protección más exhaustiva a la hora de implicarse en relaciones contractuales con un profesional.

<sup>21</sup> V.gr. STS 57/2017 y SAP TO 967/2016.

<sup>22</sup> Ya que “*la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales*”, Preámbulo de la Ley 7/1998.

<sup>23</sup> V.gr. STS 241/2013 de 9 de mayo, que estudia la licitud de cláusulas suelo en un contrato de préstamo hipotecario.

<sup>24</sup> En la actualidad encuentra en los apartados a) y b) del art. 80.1. TRLGDCU.

<sup>25</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2016, p. 916.

le entrega un ejemplar de las mismas. El apartado segundo indica que los adherentes —consumidores o empresarios— *podrán exigir al Notario autorizante que no transcriba las condiciones generales en la escritura que otorgue y que deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo*. En tal caso, el Notario tendrá que comprobar si dichos adherentes tienen conocimiento íntegro del contenido que están contratando y que, por tanto, lo aceptan. De esto suponemos que, aunque de la redacción del supuesto que nos ocupa no se extraiga concretamente que se haya expresado la existencia de las CGC, firmado por los contratantes o expedido una copia por parte de BANKYA SA, al autorizar el notario la escritura, se podría asumir que estos requisitos se habían cumplido previamente. De lo contrario el clausulado no se incorporaría al contrato. Aun así, indica la STS 967/2016 que *“el deber de información pesa sobre el empresario predisponente, no sobre el notario que, una vez otorgada la escritura facilita copia de la misma a las partes; ni sobre el propio adherente que puede examinar el proyecto de escritura en la Notaría con antelación a la firma”*<sup>26</sup>. Adicionalmente, el apartado quinto de este precepto exige que la redacción se ajuste a criterios de *“transparencia, claridad, concreción y sencillez”*. De igual forma, el art.10.1 LGDCU, en su apartado a), la *“concreción, claridad y sencillez de la redacción, con posibilidad de comprensión directa (...)”* y, en su apartado c), *“la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones”* donde enumera qué tipo de actos contravienen tales términos.

Por su parte, el art.7 LCGC, prescribe que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que *“el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas (...)”*, y las que sean *“ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo (...) que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”*. Esta normativa específica a la que se hace referencia nos remite a la normativa sectorial sobre transparencia bancaria<sup>27</sup> unificada hoy en día por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios<sup>28</sup> cuyo ámbito de aplicación ha sido ampliado a personas físicas no consumidores<sup>29</sup>. Entre todas ellas, especial atención debemos prestar a la OM 5/05/1994, cuyo ámbito de aplicación son también las personas físicas, centrándose en la publicidad e información al prestatario —exigiendo, v.gr. la entrega obligatoria de un folleto informativo (art.3) — con la pretensión de facilitar al cliente de la entidad de crédito la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario en cuestión<sup>30</sup>. En este caso BANKYA SA debía haber facilitado a los contratantes personas físicas del supuesto un folleto informativo en la fase previa de negociación realizada con la deudora, información que tampoco se nos suministra en el supuesto.

Enlazando, añade la STS 1916/2013, que esta transparencia debe ser controlada de forma independiente, una vez la inclusión de las condiciones se lleve a cabo, *“como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta”* teniendo por objeto *“que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” (...) como la carga jurídica del mismo”*<sup>31</sup>. En el caso del adherente consumidor es necesario, por ello,

<sup>26</sup> . *“Debe hacerlo previamente a la decisión de adherirse al contrato por el prestamista, pues conocer las cláusulas del contrato tiene que ser un hecho previo a decidir si se contrata o no (...)”*

<sup>27</sup> En vigencia del contrato analizado en este supuesto, englobaba, de manera más destacada, la OM del 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito; la Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994, de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios sobre viviendas, la Circular del Banco de España 8/1990 sobre Transparencia en las operaciones protección de clientela; la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema financiero, y la Orden PRE 1019/2003, del 24 de Abril, sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos.

<sup>28</sup> En este sentido, MÚRTULA LAFUENTE. 2012, pp. 11-20.

<sup>29</sup> Por la Ley 5/2019, del 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

<sup>30</sup> En este sentido BUSTO LAGO, 2010, pp. 194-197.

<sup>31</sup> Entendiendo la primera como la *onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener* y la segunda como 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*

que se les permita “*percibir si se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide (...) en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real (...) de cómo juega (...) en la economía del contrato*”. A pesar de la necesidad de estudiar la transparencia material de manera individual para cada uno de los adherentes consumidores, el TS ha concluido, recientemente<sup>32</sup>, en extender la validez de una cláusula suelo al deudor por conocimiento de su trascendencia económica por parte del fiador del contrato, lo que ha suscitado cierta incomprensibilidad por parte de la doctrina<sup>33</sup>. Este control de transparencia no aplica fuera del adherente consumidor, pues “*ni el legislador comunitario ni el español han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección*” para el no consumidor “*más allá de la legislación civil y mercantil general*”<sup>34</sup>. En nuestro supuesto no se indica en ningún momento que BANKYA haya realizado un esfuerzo previo en informar a los fiadores consumidores de las cargas asumidas en el contrato, si no lo hubiera hecho, estas no quedarían incorporadas en el contrato de fianza suscrito por Dña Flavia y D. Sempronio.

Una vez que este doble control es superado, las cláusulas se incorporan al contrato, pero no serán válidas ni producirán efecto —serán abusivas y nulas—, si no superan un último control, denominado de contenido, que solo opera para el adherente consumidor (en nuestro caso, Dña. Flavia y D. Sempronio). Para ello, es menester remitirse al art.10 bis y a la DA 1ª de la LGDCU<sup>35</sup> y al art. 8 LCGC<sup>36</sup>. Este último recoge que “*Serán nulas de pleno derecho las que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*” y, en particular, las abusivas, atendiendo al art. 10bis LGDCU las “*no negociadas individualmente y (...) no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”<sup>37</sup>. La parte del contrato afectada por la nulidad “*se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 CC y al principio de buena fe objetiva (...)*”. Asimismo, el Juez que la declare, integrará el contrato, moderará los derechos y obligaciones de las partes si este subsiste, y conocerá las consecuencias de su ineficacia cuando exista un perjuicio para el consumidor —incluso la ineficacia del contrato<sup>38</sup>—. Cabe aclarar que, aunque el art. 4.2. Directiva 13/93 no permite el control de contenido respecto de las cláusulas claras y comprensibles que concreten el objeto principal del contrato ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte, los órganos jurisdiccionales españoles decidieron<sup>39</sup> no trasponer este precepto para poder realizar controles de transparencia y abusividad en esos casos. Ahora bien, en el caso concreto, este control de contenido debe ser realizado pormenorizadamente a cada condición general.

Con las premisas aquí expuestas, y partiendo del supuesto de que BANKYA SA haya cumplido con sus deberes de información previa, nos disponemos a realizar el análisis de la validez y eficacia de cada una de las cláusulas que conforman el contrato de crédito a la promoción realizado entre BANKYA SA y ROYAL PROMOCIONES SL.

### **1.2.1. Cláusula TERCERA: Comisión de apertura**

En cuanto al primero de los controles, el de incorporación, cabe hacer mención a las múltiples referencias que la normativa bancaria hace a la citada comisión: “*Las*

<sup>32</sup> En la STS 3528/2019, de 12 de noviembre

<sup>33</sup> MARÍN LÓPEZ, 2019, p. 6: “*no hay una suerte de “propagación” de la transparencia de fiador a prestatario (...) Préstamo y fianza son contratos diferentes*”

<sup>34</sup> La STS 364/2016 indica que no existe “*laguna legal que haya que suplir mediante analogía*”

<sup>35</sup> En la actualidad, arts. 82 y ss. TRLGDCU.

<sup>36</sup> Vacío de contenido, pues reitera lo dispuesto en el art. 6.3 CC. Cfr. MARÍN LÓPEZ, 2018, p. 40.

<sup>37</sup> Lo serán, en todo caso, las enunciadas en la DA 1ª de esta Ley, que enumera un conjunto de estipulaciones relacionadas con la vinculación del contrato a la voluntad del profesional, la privación de derechos básicos del consumidor, la falta de reciprocidad, las garantías y otras.

<sup>38</sup> Si se determina una situación “no equitativa” insubsanable entre las partes.

<sup>39</sup> En virtud del art. 8 Directiva 93/13: “*los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección*”

*comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que se fijen libremente*". No obstante, estas "establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles"<sup>40</sup>, no pudiendo luego cargar tipos superiores o no establecidos en las mismas, a no ser que se trate de algún carácter excepcional, o donde intervenga apreciablemente el riesgo. Tampoco podrán cargarse las comisiones no aceptadas o solicitadas en firma por el cliente, o las que no "respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos". La Orden de 5 de mayo de 1994 en el apartado 4 de su anexo II indica que tal comisión de apertura "se devengará una sola vez" y "englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista" al conceder el préstamo. Dicho esto, parece entenderse de forma clara, concreta y sencilla que ROYAL PROMOCIONES SL debe pagar un porcentaje determinado del capital como objeto de comisión de apertura. No se trata de una cláusula genérica o imprecisa, ni mucho menos ambigua, oscura o incomprensible, sino que permite al adherente conocer qué servicio está retribuyendo, además de que aparece recogida como tal en la normativa sectorial bancaria.

Habiendo superado el control de incorporación, si el adherente tuviere la condición de consumidor o usuario (Dña Flavia y D. Sempronio), deberíamos pasar a realizar el control de transparencia y el de contenido. Respecto al control de transparencia, entiende el Alto Tribunal en su reciente STS 44/2019, de 23 de enero, que "es de general conocimiento entre los consumidores interesados (...) que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio (...) suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención (...) y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato". En cuanto al control de contenido, la postura que venían teniendo los tribunales, hasta el momento, no era unánime, ya que ciertas AAPP<sup>41</sup>, declaraban su nulidad bajo la premisa de no constituir una retribución a "servicios efectivamente prestados o a gastos habidos" (art. 87.5 TRLGDCU, a la fecha del contrato estudiado, Disposición adicional 1ª, I, 7ª bis de la Ley 44/2006), mientras otras AAPP, la declaraban válida y eficaz por entender que no recogía un gasto, sino parte del precio de la contraprestación, eximiéndola del control de contenido<sup>42</sup>. Respecto a esto, aclara el TS en la sentencia citada lo que ya venía diciendo esta segunda tendencia, que la comisión responde a actividades "inherentes al negocio bancario" ya que su "preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero". Por ello, formaría parte del precio, que se fija libremente por parte de la entidad financiera, no aceptándose una "falta de prueba de la proporcionalidad".

No obstante, ROYAL PROMOCIONES SL es una sociedad mercantil, por tanto, no procedería este último doble control, y la cláusula se entendería como válida y eficaz una vez se hubiese corroborado su incorporación al contrato. En el caso de la garantía otorgada por los avalistas calificados como consumidores, el carácter esencial de la comisión como parte del precio del contrato la calificaría como válida y eficaz igualmente, siendo de aplicación para todos los adherentes del contrato en cuestión.

### **I.2.2. Cláusula CUARTA: Cuotas de devolución**

Partiendo de la base de que la libertad de pactos posibilita que los contratantes determinen las cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1255 CC), parece evidente que ante un contrato de préstamo, se fijen cuotas de devolución del principal prestado (art. 312.I CCo<sup>43</sup>). Por tanto, de un primer análisis de incorporación, se extraería la claridad,

<sup>40</sup> A fecha de contratación del préstamo, art. 5 de la Orden del 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito

<sup>41</sup> V.gr. SAP Soria, nº 5/2018 del 15 enero.

<sup>42</sup> V.gr. SAP León, nº 250/2018, del 15 de junio; SAP Ourense 53/2019, del 12 de febrero.

<sup>43</sup> El préstamo bancario ha sido reconocido como mercantil por el TS de manera reiterada (v.gr. STS 9 de mayo de 1944)

concreción y sencillez de la cláusula, siendo aceptada por los contratantes —ya que es su obligación devolver lo prestado y así han cumplido con parte de lo acordado—. En cuanto al control de transparencia, se asume el conocimiento real de la cláusula a la hora de firmarse, por la misma razón indicada anteriormente. Además, se trata de una cláusula legible, no ambigua y comprensible, ajustada a la normativa del sector. Consecuentemente, quedaría incorporada al contrato de préstamo, y también sería válida y eficaz en caso de adherirse a ella un consumidor, puesto que, de la realización del control de contenido, se dilucida que no contradice la Ley ni causa un “*desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes*” (art. 10bis LGDCU). De esta forma, sería de aplicación tanto para ROYAL PROMOCIONES SL como para los avalistas personales, sean considerados consumidores u operadores económicos.

### **I.2.3. Cláusula QUINTA: Interés variable e índice IRPH**

El Índice de Referencia de Préstamos hipotecarios (IRPH) se definía en la Circular 8/1990 del Banco de España<sup>44</sup> como “*la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de los bancos*”. Se refiere por tanto al interés aplicado a hipotecas de nueva constitución, siendo fácilmente manipulable por no representar el coste del dinero para la entidad, sino el precio pactado libremente por las entidades de los préstamos que hubieren concedido<sup>45</sup>. De la redacción de la cláusula, ya que nos encontramos en el año 2007, supondremos que el tipo de interés variable se encontrará referenciado al IRPH CECA<sup>46</sup>. Respecto a esto, el STS 669/2017 recoge que “*la cláusula que establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo puede ser condición general de la contratación*”, siempre y cuando no haya sido negociada individualmente. Por tanto, en nuestro supuesto, también lo será<sup>47</sup>. En lo referido al control de incorporación y transparencia de la cláusula, recoge el TS en esta sentencia, que no procede, ya que el art. 4 LCGC<sup>48</sup> excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales legales o administrativas, pues corresponde su control a la Administración Pública, siempre que su contenido no se haya modificado contractualmente, aun así, sorprendentemente, el TS entra a estudiar igualmente la transparencia<sup>49</sup>. Por tanto, según la doctrina del TS la Cláusula QUINTA sería incorporada válida y eficazmente al contrato, tanto para la prestataria como para los avalistas, pues al calcular el interés a partir del IRPH y estar este legalmente predeterminado, no cabría analizar su posible manipulación o adecuación al contrato, al tratarse de una competencia de los órganos reguladores de la administración pública.

Lo anteriormente expuesto es claramente discutible, y así lo ha entendido el voto particular que recoge la sentencia<sup>50</sup>. En primer lugar, indica que, aunque el IRPH sea un índice oficial regulado administrativamente, la CGC que lo incorpora sí podría ser objeto de control de transparencia y abusividad, así como que el consumidor medio no tiene por qué conocer cómo funciona el IRPH si no se le explica<sup>51</sup>. Por ello, hablan de la necesidad

<sup>44</sup> Derogada, pero de aplicación en el supuesto. La definición se encuentra hoy en día recogida en la Circular 5/2012 del 27 de junio del Banco de España (art. 8)

<sup>45</sup> Cfr. AGÜERO ORTIZ, 2018, p.114.

<sup>46</sup> En el año 2013 aparece el llamado IRPH Entidades, desvaneciendo el IRPH cajas, bancos y CECA.

<sup>47</sup> Al no haber sido negociada individualmente y cumplir los requisitos de contractualidad, predisposición y generalidad de los que habla la STS 241/2013, de 9 de mayo, en referencia al art.1 LCGC.

<sup>48</sup> Al igual que el artículo 1.2 de la Directiva 93/13

<sup>49</sup> Indicando que “*dado el carácter esencial de la cláusula (...) no cabe considerar que el consumidor no se apercebiera de su importancia*” ni que “*podiera conocer que el interés (...) se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial (...) al que se sumaba un margen o diferencial*”. Además, reflexiona que “*tampoco cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía que iba a tener un comportamiento más favorable para los prestamistas que el EURIBOR*”, ya que, por un lado, la media de la que resulta su cálculo también incorporaba operaciones referenciadas al Euribor y, por otro, que el Euribor siempre haya tenido un valor inferior al IRPH no asegura que eso vaya a ocurrir en el futuro.

<sup>50</sup> Realizado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, con la adhesión del Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

<sup>51</sup> Hace especial referencia a que la literalidad de las cláusulas suele inducir a engaño a través de los diferenciales, tradicionalmente menores en el IRPH y, por tanto, visualmente más atractivos.

de un “*plus de información que le era exigible acerca del alcance y funcionamiento concreto que dicho índice comportaba para (...) el consumidor*”, concluyendo con la posibilidad de declarar nula la cláusula con la subsistencia del préstamo siempre que se sustituya el IRPH por el Euribor, y la entidad crediticia devuelva los importes pagados en exceso desde la fecha de la suscripción del préstamo. Con este voto particular se situaron numerosas AAPP, junto a las cuales se encuentra el Juzgado de 1ª Instancia nº38 de Barcelona, que el 29 de enero de 2018 emitió una providencia para elevar una petición de decisión prejudicial al TJUE<sup>52</sup>. A pesar de que todavía no se ha pronunciado al respecto, aplicando esta solución a nuestro caso concreto, no se nos indica qué tipo de información relativa al índice IRPH se le ha podido suministrar o no a los avalistas del préstamo. Si hubiésemos considerado que no la han recibido (como así manifiesta ROYAL PROMOCIONES SL: “*no se había informado debidamente del contenido de las cláusulas a sus avalistas*”), la cláusula no podría ser incorporada, ni tendría efecto, en el contrato de fianza al no superar el control de transparencia, aunque sí operaría para los adherentes no consumidores fiadores y deudora. Respecto al efecto producido en el contrato subsistente, habrá que esperar a conocer la solución que proporcione el TJUE.

### **I.2.3.1. Cláusula QUINTA bis: Limitación del tipo de interés al alza y a la baja. Cláusulas suelo y techo**

Explica la conocida STS 241/2013 que “*para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza —denominadas cláusulas techo— y a la baja —las llamadas cláusulas suelo—, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario*”. Estamos por tanto ante un elemento definitorio del precio del contrato, es decir, su objeto principal, no suponiendo ello un impedimento para ser controlada su incorporación y transparencia<sup>53</sup>. A ello, suma la STS 1901/2018 respecto al primer control de incorporación de una cláusula similar, que lo superará “*cuando el adherente tuviera la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública y sea gramaticalmente comprensible dada la sencillez de su redacción*”. En el supuesto que analizamos, aunque es bien cierto que no precede a la Cláusula QUINTA bis un título indicativo del contenido que recoge, ni se resaltan especialmente en la grafía de la letra los tipos de interés, se presenta una redacción clara —dentro de lo exigible, que implica “*no perder matizaciones ni complejidad*” pero tampoco “*añadir innecesariamente complicación*”— en un epígrafe específico, que además también se recoge en escritura pública —donde el notario estaba obligado a informar y advertir a las partes, como vimos antes—, pudiendo superar así el susodicho control e incorporarse al contrato.

---

<sup>52</sup> Preguntando si una cláusula con IRPH entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, así como si es válida la invocación del art.4.2 de la susodicha directiva, aunque no haya sido incorporada al derecho español, de igual forma, si el profesional debería haber informado sobre el método de cálculo, la regulación o su evolución histórica, o si, en caso de declararse nula la cláusula, se debería integrar al contrato sustituyendo el Euribor o dejar de aplicar intereses remuneratorios. Respecto a esto, el informe de la Comisión Europea del 31 de mayo de 2018 se posiciona del lado del consumidor, respondiendo que sí entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, que la entidad crediticia sí debe suministrar la información que se indica, en fase precontractual, y que el no hacerlo puede ser calificado de engañoso (art. 7.1 Directiva 93/13). En el caso de declararse la cláusula nula, la comisión aboga por, si la nulidad del contrato —y restitución de las prestaciones— fuera perjudicial para el consumidor y el pacto no pudiese subsistir sin interés remuneratorio, posibilitar al consumidor la solicitud de su mantenimiento y la fijación de un nuevo acuerdo con la entidad crediticia. Luego de emitir este informe, la Comisión solicitó conclusiones al Abogado General del TJUE, que responde el 10 de septiembre del año 2019, indicando que sí es de aplicación la Directiva 93/13 —por las mismas razones— y que los jueces españoles tienen el deber de examinar y someter las cláusulas a los controles, aunque versen sobre el objeto del contrato. En cuanto al tipo de información a suministrar, discrepa de la Comisión e indica que no se debe confundir el concepto de información con el de asesoramiento. Debe referirse a la evolución pasada del IRPH y ser suficiente para que el consumidor pueda decidir prudentemente y con pleno conocimiento de causa.

<sup>53</sup>Vid. STS 654/2017, que explica que el control de transparencia ha de ser reforzado y específico en este caso, permitiendo que el consumidor pueda conocer con claridad y sencillez la carga económica y jurídica del contrato pues, de lo contrario, se le podrá causar un perjuicio.

En cuanto al control de transparencia, en lo respectivo a la constitución de las garantías personales, la OM de 5 de mayo de 1994, al regular el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos con consumidores, habla de entregar al solicitante un folleto informativo, una oferta vinculante con las condiciones financieras —incluyendo el tipo de interés— y la posibilidad de examinar la escritura pública durante los tres días posteriores al otorgamiento. Añade la STS 241/2013 que el consumidor debe ser informado de que la bajada del tipo de interés por debajo del límite inferior fijado por la cláusula transforma el préstamo a tipo fijo, en variable únicamente al alza<sup>54</sup>, además de que se le debe posibilitar comparar con otros productos y mostrar simulaciones de escenarios diversos, para tomar una decisión apropiada. Nuestro supuesto no nos da tanta información, pero de no cumplirse esta (como indica la prestataria al demandar que no se ha informado debidamente a sus avalistas), la cláusula no superaría el segundo control de transparencia y podría declararse la nulidad de la misma por su carácter abusivo, no generando efectos para los consumidores que la hayan suscrito (Dña. Flavia y D. Sempronio), y no cabiendo limitación a la retroactividad de los efectos restitutorios de la nulidad de esta, como declara la STJUE C-154/2015<sup>55</sup>. La restitución de los intereses indebidamente cobrados puede ser solicitada por el consumidor a través del procedimiento extrajudicial que recoge el RDL 1/2017, o bien por vía judicial, mediante demanda colectiva o reclamación individual.<sup>56</sup> Actualmente, con vistas a solucionar este tipo de conflictos, la LCCI<sup>57</sup> ya considera nula, en su art. 21.3, la fijación de un límite a la baja del tipo de interés, no pudiendo ser este negativo.

### **I.2.3.2. Cláusula QUINTA ter: Redondeo del tipo de interés aplicable**

La OM del 5 de mayo de 1994 recogía, respecto al tipo de interés variable, “*Si se pactara el redondeo del tipo de interés, se indicarán, en fracciones de punto, los múltiplos a los que se efectuará*”<sup>58</sup>, por lo tanto, daba lugar a la posibilidad de introducir cláusulas de redondeo del tipo de interés en los préstamos hipotecarios. En este sentido, la DA 12ª de la Ley 44/2002<sup>59</sup>, aclara que “*en los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca que (...) se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo*”. No obstante, restringe este “*al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que pueda sobrepasar al octavo de punto*”<sup>60</sup>. Con intervalo más próximo, deberá entenderse un redondeo al alza y a la baja, simultáneamente, pues como aclara el TS<sup>61</sup>, serán abusivas las “*fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto*” —siguiendo lo establecido en el art.8.2. LCGC y 10bis LGDCU—, al “*provocar un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación, y contrariamente se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio*”, siendo indiferente para el control de abusividad que entre o no a fijar el precio como elemento esencial del contrato, por las razones que nombrábamos con anterioridad al analizar el resto de las cláusulas de tipo de interés.

En nuestro caso, como de la literalidad de la Cláusula QUINTA ter —“*se redondeará al múltiplo más cercano*” — se extrae una perfecta adaptación al precepto nombrado de la Ley 44/2002, parece no denotar una abusividad<sup>62</sup> al consumidor más allá de que pueda o no ser adherida al contrato conforme al primer control de incorporación, estándolo en

<sup>54</sup> En el periodo 2007-2018 el IRPH entidades se situó en cifra máxima de 6,258% en noviembre de 2008 y mínima del 1,8% en septiembre 2017. Sumados los 3 puntos del diferencial, solamente se mantendría debajo del 5% del límite inferior de la cláusula durante estos últimos años, y a una diferencia centesimal, que se redondearía al alza si tenemos en cuenta lo estipulado en la Cláusula Quinta ter.

<sup>55</sup> Pues las SSTS 241/2013 y 139/2015 solo recogían la restitución de lo pagado a partir de la fecha de publicación de la primera de ellas, el 9 de mayo de 2013.

<sup>56</sup> De la demanda colectiva conocerá el juzgado de lo mercantil, mientras que de la individual lo hará el JPI.

<sup>57</sup> Como novedad, puesto que no es de aplicación en el supuesto, dado su incipiente vigencia.

<sup>58</sup> Anexo II, 3º.bis, apartado 4), sobre cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario.

<sup>59</sup> De 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero,

<sup>60</sup> Cláusula 7bis de la DA 1ª de la LGDCU, hoy en día art. 87.5 TRLGDCU

<sup>61</sup> STS 663/2010 del 4 de noviembre.

<sup>62</sup> La STS 651/2010 de 2 de noviembre, interpreta en el FD 1º que “*no provocan el desequilibrio entre las dos partes del contrato de préstamo al fijar el redondeo al alza y a la baja (...)*”.

este caso al incorporarse su definición en un precepto legal y ser la redacción de la cláusula lo suficientemente clara. Por tanto, sería incorporada, válida y eficaz tanto para ROYAL PROMOCIONES SL, como para los fiadores calificados como consumidores.

#### I.2.4. Cláusula *SEXTA*: Vencimiento anticipado

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que alguno de los obligados no cumpliera lo que incumbe (art.1124 CC), previéndose expresamente la posibilidad de reclamar la totalidad de lo adeudado cuando el deudor pierde el derecho a plazo (art. 1129 CC). En el caso de los préstamos hipotecarios, la redacción vigente del art. 693.2 LEC a la fecha del otorgamiento del préstamo, recogía la posibilidad de reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido —pactado expresamente—, e inscrito en el Registro, el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes. La STS 792/2009 encuentra como válido el vencimiento anticipado por incumplimiento de una sola cuota de pago por parte del prestatario, por concurrir justa causa<sup>63</sup>. Aunque a partir de mayo de 2013 entra en vigor una nueva redacción del artículo que limita la posibilidad de ejercer vencimiento anticipado a la falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales<sup>64</sup>. Esto se produjo como consecuencia de que ese mismo año, el TJUE<sup>65</sup> añadió que el juez nacional podría considerar abusivas ese tipo de cláusulas una vez comprobado que la facultad de vencer anticipadamente dependa de que *“el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación”*, ese incumplimiento tenga *“carácter suficientemente grave con respecto a la duración y cuantía del préstamo”*<sup>66</sup>, dicha facultad corresponda a una *“excepción con respecto a las normas aplicables en la materia”*, y el Derecho nacional *“prevea medios adecuados y eficaces”* que permitan al consumidor remediar los efectos de este vencimiento anticipado. De igual forma, no afectará al control y posible declaración de abusividad de la cláusula el no ejercicio de la misma por la entidad crediticia. Esto implica, como indica la STS 4463/2019, que *“siempre que se cumplan las condiciones mínimas del art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además (...) si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado está justificado”*, es decir, debe someterse la cláusula a un doble control. Respecto a esto, las SSTS 5618/2015 y 79/2016, contradicen lo estipulado por la STS 792/2009 reformulando que, si la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo se activa con una sola cuota impagada, no superaría los requisitos antes enunciados, pues no tendría ese carácter suficientemente grave ni permitiría al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación.

Llevado esto a nuestro supuesto, estamos hablando del incumplimiento de una obligación de carácter esencial, no accesoria —el no pago de las cuotas del préstamo—. En cuanto al carácter suficientemente grave con respecto a la duración y cuantía del préstamo, hablamos de la falta de pago de tres cuotas, pero no es suficiente<sup>67</sup>, debiendo observar la *“manifiesta voluntad de incumplir por parte del prestatario”*<sup>68</sup>. No obstante, no se prevén medios para que el consumidor remedie los efectos del vencimiento *“aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecario es vivienda habitual”*<sup>69</sup>. En la STJUE del 26 de marzo de 2019, se acepta la posibilidad de aplicación supletoria del art. 693.2 LEC cuando estas cláusulas sean declaradas nulas. Por tanto, entenderemos que, en el caso que nos ocupa, las tres cuotas<sup>70</sup> superarían el control

<sup>63</sup> Cita expresamente *“cuando concurra justa causa (...) como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo”*

<sup>64</sup> La última reforma del artículo, realizada por la Ley 5/2019, mantiene esa misma restricción.

<sup>65</sup> Asunto C-415/11, de 14 de marzo de 2013

<sup>66</sup> El Auto del TJUE de 8 de julio de 2015 (asunto C-90/14) reitera que *“el juicio de abusividad debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato en cuestión”*

<sup>67</sup> El ATJUE del 11 de julio de 2015 recoge que *“el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado (...) resulte contraria al art. 693.2 LEC<sup>67</sup> no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula.”*

<sup>68</sup> Cfr. MÚRTULA LAFUENTE, V., 2012, p. 270.

<sup>69</sup> STS 79/2016, referida al art. 693.3, párrafo segundo, LEC.

<sup>70</sup> Para los casos de fiador consumidor persona física en un préstamo cuya finalidad sea la adquisición de bienes para uso residencial o inmuebles construidos o por construir para uso residencial, el art. 24 LCCI,

jurisprudencial expuesto y la cláusula de vencimiento anticipado sería válida y efectiva tanto para ROYAL PROMOCIONES SL, como para los fiadores consumidores y no consumidores. Cabe aclarar, en todo caso, que la *Cláusula SEXTA* exige reclamar “*la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses*”, lo que sería abusivo respecto a los intereses si se entiende que incluyen los que se devenguen de las cuotas pendientes de pago<sup>71</sup>. Como no es posible declararse la abusividad parcial de este tipo de cláusulas (STJUE del 26 de marzo de 2019), lo sería en su totalidad en caso de serlo por este último motivo. Aun así, la cláusula estudiada no especifica que esto ocurra así, por tanto no se apreciaría la nulidad por esa cuestión concreta.

La STS 4463/2019, de 11 de septiembre, resuelve sobre los efectos derivados de la nulidad de este tipo de cláusulas, luego de la resolución de la cuestión prejudicial planteada al TJUE<sup>72</sup>, rechazando el sobreseimiento automático del procedimiento y dando, por tanto, una alternativa a través de posibilitar la sustitución de la cláusula en cuestión por las cuotas mínimas establecidas en la legislación del vencimiento anticipado —art. 24 LCCI—. Para los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, indica que los procesos en los que el préstamo haya vencido antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013<sup>73</sup> se sobreseerán, y que los procesos vencidos después de la entrada en vigor de dicha norma se sobreseerán solo si no cumplen el requisito de gravedad y proporcionalidad, pudiendo, al contrario, seguir su curso. Como el incumplimiento de ROYAL PROMOCIONES SL cumple los requisitos de proporcionalidad y gravedad recogidos por la jurisprudencia, el vencimiento anticipado del contrato seguirá su curso.

### **I.2.5. Cláusula SÉPTIMA: Interés de demora**

El interés de demora será el interés legal del dinero (art. 1108 CC) y podrá pactarse en los préstamos por las partes sin tasa ni limitación de ninguna especie (art. 315 CCo). Este enunciado ha sido matizado, en el caso de los préstamos concertados con consumidores, por el Anexo de la Directiva 93/13 que en su apartado e) reputa como abusivas las cláusulas que tengan por objeto “*imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta*”<sup>74</sup>. Respecto a la “desproporción alta”, el art. 114.III LH<sup>75</sup> indica que, para préstamos hipotecarios concedidos a persona física sobre bienes inmuebles para uso residencial, “*el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos (...)*”. Antes de esta nueva redacción<sup>76</sup>, prohibía que este superase “*tres veces el interés legal del dinero*”. Aún a pesar de ambos límites, no contemplados a la fecha de firma del préstamo estudiado y tampoco aplicables por no estar concedido a una persona física ni ser el bien objeto de garantía de un inmueble para uso residencial, la STS 5618/2015 explica que no tienen como función “*servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral*”. Por tanto, para estudiar esa “desproporción alta” será necesario acudir, por ejemplo, a “*la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de*

---

permite el vencimiento anticipado ante el impago de 15 cuotas al tratarse de la segunda mitad de la duración del préstamo. La DT 1ª en su apartado cuarto, indica que será de aplicación este artículo para los “*contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado (...) salvo que la previsión que contiene sea más favorable para él. No será de aplicación (...) a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley (...) instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera suspendido o no*”. En el caso que nos ocupa, GALICAIXA S.A. declara vencido anticipadamente el contrato a 15 de julio de 2018, fecha anterior a la entrada en vigor de esta normativa, no siendo, por tanto, de aplicación a los fiadores consumidores de nuestro caso.

<sup>71</sup> Como así lo entiende la STS 998/2000 “*al resultar de la estricta aplicación de la cláusula denunciada un interés altísimo, y todavía más si la resolución anticipada tiene lugar en los primeros momentos del contrato, y exigiéndose unos intereses correspondientes a períodos de tiempo aún no transcurridos.*”

<sup>72</sup> STJUE de 26 de marzo de 2019 y AATJUE de 3 de julio de 2019.

<sup>73</sup> Que exigía el impago de las tres mensualidades para ejecutar anticipadamente la deuda.

<sup>74</sup> La redacción vigente a día de hoy se encuentra en el art. 85.6 TRLGDCU.

<sup>75</sup> Introducido en el año 2013, no vigente a la hora de la firma del préstamo. En la actualidad refleja lo contenido en el art. 23 LCCI de 2019, y ya fija una cifra de interés moratorio inamovible.

<sup>76</sup> Desde la Ley 1/2013 hasta la Ley 5/2019. Anteriormente se acudía a la Ley de la Usura de 1908 que hablaba de una “*desproporción manifiesta*” (art.1).

acuerdo, o bien a la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles”. Contempla la STS 265/2015 para un préstamo celebrado en noviembre de 2007, que “el incremento de **dos puntos porcentuales** (sobre el remuneratorio pactado) previsto en el art. 576 LEC para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales<sup>77</sup> concertados con consumidores”. Esto es así, ya que “(...) tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante (...) asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.”<sup>78</sup>.

En nuestro supuesto, el interés remuneratorio aplica, en el momento en el que se produce la mora, el límite inferior del 5% —acorde con la *Cláusula QUINTA bis*—, que sumados los dos puntos porcentuales nos sitúa en un 7%, que se muestra manifiestamente distante del 18,5% moratorio que establece esta *Cláusula SÉPTIMA*. Si el préstamo hubiera sido firmado luego de la entrada en vigencia de la Ley 1/2013, sería de suponer que el Notario y el Registrador no habrían otorgado escritura pública ni inscrito, respectivamente, conforme al primer control —ya que triplicando el 3% del interés legal del dinero a 2018, nos da un 9% que también dista de ese 18,5%—. Por tanto, respecto a los consumidores que fían el préstamo, la cláusula sería abusiva. Respecto a los empresarios (la prestataria, su administradora y los socios), no sería leonino, por el hecho de que la Ley 3/1908 solo aplica a intereses remuneratorios (SAP Málaga 15/2008 de 16 de enero). En cuanto a los efectos, muestra la STS 2825/2014, que “*declarada la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato*”.

#### **1.2.6. Cláusula OCTAVA: cesión del contrato**

El crédito hipotecario puede ser cedido en su totalidad o en parte, pues la cesión de crédito comprende la de todos sus derechos accesorios y privilegios (art. 1528 CC) siempre que se recoja esa cesión en escritura pública, se inscriba en el RP y se notifique al deudor (art. 149 LH), a menos que renuncie a ese derecho de conocimiento en escritura pública (art. 242 RH). Si por cualquier motivo, el acreedor omite notificar al deudor de la cesión, se hará responsable de los perjuicios que le pudiere causar (art. 151 LH). Este régimen general, cuando hablamos de la existencia de un prestatario o fiador consumidor “no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU” (STS 792/2009 de 16 de diciembre). La DA 1ª de la LGDCU estipula como abusivas, en su apartado 2º “la reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos (...)”, 10º “la exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por (...) la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste” y 14ª “la imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor”. El contrato que nos ocupa recoge expresamente la omisión de posible notificación a la deudora, que no es consumidora, aunque sí lo son parte de sus avalistas. Por tanto, en el caso de cesión de crédito hipotecario, la renuncia anticipada a la notificación perjudicaría, no los derechos del deudor cedido, pero sí los de los consumidores avalistas, haciéndola nula para ellos a pesar de aceptarse la cesión crediticia en nuestro derecho y de no afectar a su validez el que haya sido notificada o no al deudor.

En nuestro caso, la *Cláusula Octava* habla de “derechos dimanantes de este contrato”, cuando lo que diferencia la cesión de crédito y la cesión de contrato se encuentra precisamente en la posibilidad de transmitir todos los derechos que engloban

<sup>77</sup> Esta doctrina fue ampliada a préstamos con garantía hipotecaria por la STS 5618/2015, del 23 de diciembre.

<sup>78</sup> Estas premisas son acordes a la Directiva 93/13 (STJUE del 7 de agosto de 2018).

el mismo, y no solo el de recibir una contraparte en un crédito. Si nos ceñimos a la literalidad de la cláusula, estaríamos ante una cesión de contrato, que *“requiere inexcusablemente para su eficacia, además del consentimiento del cedente y del cesionario, la del contratante cedido”* ya sea expreso o tácito (STS 886/2002). Ahora bien, teniendo en cuenta que hablamos de un contrato de crédito a la promoción, en el que BANKIA SA cumple al inicio con su obligación de poner a disposición del contratante el capital correspondiente, los derechos que pudiera llegar a transmitir serían únicamente los derivados de su condición de acreedor hipotecario, lo que determina la calificación del negocio de cesión como cesión de crédito, incluyendo la garantía hipotecaria —junto con el privilegio que esta otorga al acreedor hipotecario, tanto en el concurso, como fuera del mismo— y no de contrato, sin que en este supuesto sea exigible el consentimiento del deudor para la validez y la eficacia de la cesión. Por lo tanto, la cláusula sí sería válida para ROYAL PROMOCIONES SL, aunque, como indicábamos *supra*, no lo sería para los fiadores en su condición de consumidores, respecto de los que sería nula.

### **1.2.7. Cláusula NOVENA: limitación de la facultad de disponer del bien objeto de garantía**

Nos encontramos ante una prohibición de disposición sobre el bien objeto de garantía que, según lo dispuesto por la RDGRN del 8 de junio de 2011, se considera contraria *“al principio de libertad de contratación, a la libre circulación, uso y destino de los bienes”*. Además, el art. 27 LH proscribiera expresamente el acceso al RP de los actos o contratos no comprendidos en el art. 26 LH —prohibiciones de naturaleza legal, judicial, administrativa, o las impuestas a título gratuito por testador o donatario—, impidiendo así la eficacia *erga omnes* de la susodicha prohibición —lo que no impide que la pueda tener obligacionalmente *inter partes*—.

Respecto a esto, la STS 792/2009 de 16 de diciembre, aclara que *“no cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar, ni la transmisión de la finca convierte al adquirente (tercer poseedor) en deudor –prestatario- que solo es responsable con el bien hipotecado, y, además, en la medida de la hipoteca”*. Para lo que sí se necesita consentimiento del acreedor es para *“liberarse de la deuda mediante su transmisión”*, pero en este caso no se habla de subrogación del contrato, sino simplemente de no disponer del objeto bien de garantía. Siguiendo esa línea, podríamos llegar a considerar incluso, oscura la cláusula —conforme a la DA 1ª apartados 2 y 18 LGDCU— si entendemos que puede llevar al consumidor a confundir la posible “disposición del bien inmueble” (que no necesita de consentimiento), con la “disposición del contrato” (que sí lo necesita) induciéndole a error respecto a sus obligaciones. Además, el art. 10.1.4.10 LGDCU recogía como abusiva *“la imposición de renunciaciones a los derechos del consumidor y usuario”*. Con todo ello, siguiendo al Alto Tribunal, se aplicaría la nulidad de la cláusula para los consumidores fiadores del contrato, mientras que, aunque carezca de eficacia *erga omnes*, sí la tendría obligacional para la prestataria ROYAL PROMOCIONES SL que, en caso de incumplimiento debería indemnizar a BANKYA SA por los daños y perjuicios causados. De la redacción del supuesto no sabemos con exactitud si se produce incumplimiento, ya que la deudora enajena el bien objeto de garantía, junto con otros activos patrimoniales *“hasta el año 2017”*, lo que no nos permite calcular el número exacto de cuotas que había pagado hasta el momento de la enajenación. Si estas hubiesen sido 100 o más, no habría incumplido su obligación, *con eficacia*, *inter partes*, de no disponer. Si hubiesen sido menos de 100, sí se produciría un incumplimiento que daría lugar a la posibilidad para BANKYA de reclamar a ROYAL PROMOCIONES una indemnización por los daños y perjuicios causados (art. 1101 CC).

### **1.3. La subsistencia del contrato concertado entre BANKYA y ROYAL PROMOCIONES**

Partiendo del doble control realizado a cada una de las cláusulas estudiadas, se puede observar que la gran mayoría sí son válidas y aplicables tanto para la prestataria y los fiadores operadores económicos, —subsistiendo la validez del contrato íntegramente para estos—, como para los que lo son en calidad de consumidores. Aunque para estos últimos, se den excepciones que provocarían su no aplicabilidad en el supuesto, respecto

a la cláusula *SÉPTIMA* relativa a los intereses de demora –que no impedirá que se siga devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato<sup>79</sup>–, la cláusula *QUINTA bis*, sobre la limitación del tipo de interés al alza y a la baja –que provocará la restitución al consumidor de los intereses que el acreedor haya cobrado indebidamente<sup>80</sup>–, la *cláusula OCTAVA*, que recoge la posibilidad de cesión del contrato y –previsiblemente, aunque no confirmado hasta que el TJUE responda a la cuestión prejudicial pendiente– la cláusula *QUINTA* relativa al tipo de interés aplicable: El índice IRPH – si se declarase su nulidad, habría que seguir el voto particular de la STS 669/2017, sustituyendo el IRPH por el Euribor y devolviendo la entidad crediticia los importes pagados en exceso desde la suscripción del préstamo–. Cabe aclarar que, las cláusulas relativas al tipo de interés remuneratorio y moratorio hacen referencia al precio de contraprestación, pero su nulidad no impediría la subsistencia del contrato, pues este solo se declararía ineficaz si generase una situación no equitativa en la posición de las partes que no pudiera ser subsanada<sup>81</sup>. Además, la nulidad de las fianzas otorgadas por los consumidores adherentes, aunque mantendría vigentes las estipulaciones del contrato de préstamo y las fianzas otorgadas por los no consumidores, supondría una desaparición de parte las garantías otorgadas por la prestataria<sup>82</sup>, perjudicando el cobro de la deuda por parte de la acreedora.

---

<sup>79</sup> STS 671/2018 de 28 de noviembre.

<sup>80</sup> STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15, y C-308/25)

<sup>81</sup> Art. 10.bis.2 LGDCU (vigente a la fecha de firma del contrato objeto de estudio).

<sup>82</sup> Sentencia JPI nº11 Bilbao, del 4 de abril de 2018.

## II. Determine la validez y la eficacia de la cesión del crédito y de la garantía hipotecaria realizada por BANKYA, S.A. a favor de GALICAIXA, S.A.

### II.1. Calificación de la cesión efectiva como de crédito y no de contrato

Del análisis realizado de la *Cláusula Octava* de este mismo contrato de crédito, concluimos que recogía la posibilidad de la entidad acreedora BANKYA SA de ceder sus derechos de crédito frente a ROYAL PROMOCIONES SL a un tercero. Esto es así ya que, a pesar de que se recoge la posibilidad de transmitir la relación contractual en su totalidad, en el momento en que esta se produce, los derechos crediticios que se transmiten a GALICAIXA SA, no incluyen íntegramente las obligaciones sinalagmáticas del contrato, pues BANKYA SA ya había cumplido con su parte —la entrega del principal del préstamo, equivalente a 950.000,00 €—, subsistiendo solamente las obligaciones del deudor cedido —el pago de las cuotas con la aplicación de los intereses y obligaciones establecidos en el clausulado válido integrado en el contrato—<sup>83</sup>. Además, esta transmisión de crédito, en caso de ser válida, comprendería la de todos sus derechos accesorios, como en este caso la hipoteca que grava la finca sita en Ribeira, objeto de garantía y los privilegios que de ella nazcan (art. 1528 CC), de acuerdo con el TS<sup>84</sup>, que considera que la cesión de crédito cuenta con dos componentes: Un derecho personal integrado por el crédito y otro real correspondiente a la garantía, no cabiendo la cesión sin la integridad de ambos.

### II.2. Requisitos necesarios para la validez de la cesión del crédito hipotecario

Partiendo por tanto de que nos encontramos ante una cesión de crédito, serán distintos los requisitos para su validez que los establecidos para la modalidad de cesión de contrato. De manera general, todos los créditos son transmisibles, en todo o en parte, salvo pacto en contrario (art. 1.112 CC), siempre y cuando cumplan una serie de requisitos subjetivos —que afectan a cedente y cesionario—, objetivos y formales.

En cuanto a los requisitos subjetivos, el cedente (BANKYA) debe contar con la capacidad necesaria para enajenar y ceder el crédito hipotecario. De acuerdo con el art. 334.10ª CC, los derechos reales sobre bienes inmuebles (como en este caso lo es la hipoteca que grava la finca) son bienes inmuebles, por tanto, el cedente deberá contar con capacidad para disponer de bienes inmuebles. Como además se trata de una cesión onerosa, podrá celebrar el contrato quien con arreglo al CC tenga capacidad de obligarse (art. 1457 CC), es decir, capacidad de obrar no limitada en ese aspecto. Dicho esto, BANKYA presenta la forma de Sociedad Anónima, adquiriendo personalidad desde el momento de su constitución (art.35.1 párrafo II CC), y pudiendo adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones (mediante contratos celebrados a través de sus representantes legítimos) y ejercitar acciones civiles o criminales (art. 58 CC). Por tanto, BANKYA sí contaría con la capacidad necesaria para ejercer la cesión. En cuanto a la cesionaria (GALICAIXA), aparte de responder igualmente a la capacidad de obrar necesaria para celebrar el negocio jurídico de cesión, la RDGRN del 7 de julio de 2016 indica que, en caso de que no contase con la calificación de entidad de crédito<sup>85</sup>, debería previamente inscribirse en el Registro Público de empresas prestamistas<sup>86</sup>. En nuestro caso, suponemos que, tanto cedente como cesionaria son entidades de crédito, pues el supuesto nos lo indica expresamente, refiriéndose a BANKYA como *entidad financiera* y a sus relaciones con GALICAIXA como *fruto del mercado interbancario*. Por tanto, ambas tendrían capacidad suficiente para realizar el negocio jurídico que se nos presenta.

<sup>83</sup> Siguiendo la doctrina establecida por la STS del 25 de abril de 1975.

<sup>84</sup> STS 148/2003, de 25 de febrero.

<sup>85</sup> Comprendiendo entidad de crédito como “*toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros y otras análogas, que lleven aparejada la obligación de su restitución (...)*” (RDL 1298/1986 del 18 septiembre, vigente a la hora de la firma del contrato, hoy en día recogido en el art. Ley 10/2014 con ligeras modificaciones).

<sup>86</sup> Exigido por la Ley de 31 de marzo de 2009, indicando expresamente el art. 3.1. Ley 10/2014 que “*queda reservada a las entidades de crédito que hayan obtenido la preceptiva autorización y se hallen inscritas en el correspondiente registro, la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas*”

No nos referimos al deudor cedido (ROYAL PROMOCIONES), puesto que, en las cesiones de crédito, este no es parte del mismo, como explicaremos a continuación.

En lo referido a los requisitos objetivos para la validez de la cesión, se requiere que el crédito sea transmisible, y todos los derechos lo son, con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario (art. 1878 CC) o bien cuando la ley así lo estipule —como en el caso de las hipotecas legales mientras estas no sean exigibles (art. 152 LH) —. Referenciando nuestro supuesto, como ni se ha pactado lo contrario por las partes, ni de ninguna disposición legal se extrae la proscripción de transmitir la cesión hipotecaria, esta sería transmisible. Respecto al contenido del propio contrato de cesión, no se exige para su validez el consentimiento del deudor cedido<sup>87</sup>, pues tal contrato “*como negocio bilateral, vincula principalmente a cedente y cesionario, de tal manera que el deudor cedido no es parte del negocio de cesión*”<sup>88</sup>, independientemente de que se trate o no de un consumidor, pues como indica el TJUE, en sentencia del 7 de agosto de 2018, la Directiva 93/13 no es aplicable a la “práctica” (no cláusula) de cesión de crédito aunque en esta no se haya dado conocimiento previo al deudor ni se haya solicitado su consentimiento, a no ser que se trate de un crédito litigioso, donde el deudor sí tendrá derecho de tanteo sobre el mismo (art. 1535 CC). El art. 242 RH indica que habrá que dar conocimiento al deudor de la cesión siempre y cuando no haya renunciado a este en escritura pública, siendo eso mismo lo que realiza ROYAL PROMOCIONES SL en la *Cláusula Octava* del contrato de crédito. En el caso de estudio, no hablamos de un crédito litigioso, puesto que en el momento de su transmisión no existe ningún procedimiento judicial abierto sobre el mismo, no cabiendo por tanto el ejercicio de este derecho por parte de la deudora. Por ello, aunque BANKYA SA ha cedido el crédito sin notificación ni consentimiento previo de ROYAL PROMOCIONES SL, no afecta negativamente tal hecho a la validez del negocio jurídico en cuestión.

Acerca de los requisitos formales, el contrato de cesión se rige por la libertad de forma (art. 1278 CC y 51 CC), aunque como se expone en la *Cuestión I*, los créditos hipotecarios serán, como excepción, cedibles a un tercero, en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la Ley (1.878 CC) que, de acuerdo con el art. 149 LH, consisten en el deber de hacerse constar en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad<sup>89</sup>. Respecto a esta inscripción, a pesar de que la literalidad del precepto indica el “deber”, existe discusión doctrinal respecto a si considerarla constitutiva<sup>90</sup> del negocio de cesión hipotecaria, o meramente declarativa<sup>91</sup>. Independientemente de que se trate de un requisito constitutivo o meramente declarativo, en el supuesto que nos ocupa la misma se recoge en escritura pública y se inscribe en el RP, por lo que cumpliría el requisito en caso de ser constitutivo, y también lo cumpliría en caso de serlo a efectos meramente declarativos. Así, cumpliendo todos los requisitos anteriormente indicados, el contrato de cesión de crédito hipotecario celebrado entre BANKYA SA y GALICAIXA SA será plenamente válido.

### **II.3. Eficacia *inter partes* y *erga omnes* de la cesión del crédito hipotecario**

En cuanto a la eficacia *inter partes* de la cesión del crédito hipotecario, contará con la misma en el momento en el que cumpla, en virtud del principio *pacta sunt servanda* (art. 1091 CC), los requisitos de validez expresados anteriormente, principalmente al constar en escritura pública —pues el art. 1280.6 CC, exige que así sea para “*la cesión de derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública*”<sup>92</sup>— y estar inscrita en el Registro de la Propiedad (art. 149 LH, siempre y cuando consideremos este requisito como constitutivo, con las matizaciones explicadas en el apartado anterior). En nuestro

<sup>87</sup> En la anterior redacción del art. 149 LH sí se exigía “*dar conocimiento al deudor*”.

<sup>88</sup> Vid. STS 19 de febrero 1993.

<sup>89</sup> El artículo habla de “*titularidad de la hipoteca*”, pero debe referenciarse igualmente al derecho de crédito, ya que la misma es accesoria de este, no pudiendo transmitirse la una sin el otro, a no ser que nos encontremos ante una “*hipoteca global*”, que no es el caso.

<sup>90</sup> GAYOSO ARIAS, 1918, pp. 167-168: “*La ley terminantemente condiciona la transmisión por el otorgamiento e inscripción*”.

<sup>91</sup> La postura del TS, por ejemplo, en STS 665/2007, del 4 de junio de 2007.

<sup>92</sup> Aunque, de todas formas, para poder inscribirse luego en el Registro de la Propiedad, el art. 3 LH exige su previa consignación en escritura pública.

caso, el contrato de cesión realizado entre BANKYA SA y GALICAIXA SA cumple todos los requisitos de validez, inclusive la constancia en escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad —a 15 de abril de 2007—, adquiriendo, por tanto, eficacia inter partes —cedente y cesionaria—.

Para que esta eficacia alcance a terceros —incluida la deudora cedida, ROYAL PROMOCIONES SL—, es decir, para tenga carácter erga omnes, es requisito necesario e indiscutible su constancia en el Registro de la Propiedad, pues los derechos reales sobre bienes inmuebles, así como los convenios inter partes que puedan modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, que no se encuentren debidamente inscritos o anotados en este, no perjudicarán a tercero (art. 32 LH y art. 144 LH). Debiendo, por tanto, consignarse la cesión del crédito hipotecario en el RP (art. 244 RH). Esta eficacia, además, existirá desde la fecha en que deba tenerse por cierta conforme a los arts. 1218 CC —constancia en documento público, que hace prueba de su contenido— y 1227 CC —si constare en documento privado, que no es nuestro caso, se tendría por cierta frente a terceros desde su inscripción en el RP— (art. 1526 CC). Por tanto, en el supuesto que nos ocupa, el contrato de cesión adquiere eficacia erga omnes desde el 15 de abril de 2007 cuando se produce su constancia en documento público y su inscripción registral.

#### **II.4. Efectos de la cesión del crédito hipotecario**

Al ser válido y eficaz el negocio jurídico de cesión, se transmite con el crédito la hipoteca que lo grava (art. 1528 CC, aunque se podría pactar lo contrario), y el tercero cesionario (GALICAIXA) se subroga en la posición jurídica del cedente acreedor (BANKYA, que deja de ser titular de la misma y, por tanto, ya no podrá exigir el cumplimiento a la deudora) y con ella en todos los derechos que constan en el contrato de crédito a la promoción suscrito con ROYAL PROMOCIONES. Ahora bien, ROYAL PROMOCIONES no quedará obligada por dicho contrato a más de lo que lo estuviere por el suyo (art. 149 LH), esto quiere decir que se encuentra obligada en los mismos términos iniciales, pues BANKYA no podrá transmitir más del derecho con el que cuenta (*“Nemo in aliud plus iura transferre potest quam ipse habet”*). De este modo, ROYAL PROMOCIONES tendría las mismas posibilidades de oponer excepciones (personales y obligacionales, siempre que sean anteriores al conocimiento de la cesión por parte del deudor cedido y no tengan carácter personalísimo<sup>93</sup>) a GALICAIXA, como las tenía para BANKIA, en el caso de que no haya aceptado la cesión expresamente, como del supuesto se desprende, al no existir tal declaración de voluntad.

Como señalamos anteriormente, la notificación no es requisito indispensable para la validez y eficacia de la cesión pues, como indica el TS<sup>94</sup>, los efectos que la cesión producen sobre el deudor solo se refieren *“a la observancia de determinadas reglas que inciden sobre las consecuencias jurídicas del pago que efectúa”*, lo que quiere decir que si no se ha notificado la cesión al deudor (sin constar ésta en el Registro), o no tuviere todavía conocimiento de la misma (art. 1527 CC), podrá pagar al cedente su deuda y cancelar así su obligación, acreditándolo debidamente (art. 176 RH). Si, por el contrario, se hubiese notificado debidamente a la deudora la cesión del crédito, deberá cumplir su obligación con el nuevo titular del derecho y solamente con él. Por tanto, en nuestro caso, como la notificación no se efectúa, ROYAL PROMOCIONES podría seguir cumpliendo sus obligaciones de pago con BANKYA, y cancelar así su obligación si lo acredita con carta de pago, sin perjuicio de que, ulteriormente, GALICAIXA pueda dirigir frente a BANKYA las acciones pertinentes. De la redacción del caso se sobreentiende que la falta de pago al nuevo titular se debe a la insolvencia de la deudora, pero en otra situación, podría darse perfectamente porque la deudora siguiese cumpliendo sus obligaciones con el titular primitivo. Asimismo, en caso de que BANKYA no estuviese legitimada para la cesión, esta no fuere válida o el crédito hipotecario (no siendo dudoso) no existiese en el momento de la cesión, respondería por ello (art. 1529 CC), aunque no lo haría sobre la insolvencia del ROYAL PROMOCIONES, aunque esta fuera anterior y pública (art. 1529 CC), salvo pacto en contrario con los límites que se recogen en la Ley (art. 1530 CC).

<sup>93</sup> Analógicamente, arts. 1528 y 1198 CC.

<sup>94</sup> STS del 19 de febrero de 1993.

### **III. Determine si es posible que, en la situación expuesta, pueda declararse, con plena validez, el vencimiento del préstamo con garantía hipotecaria.**

#### **III.1. El vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario concertados entre empresarios.**

Partiendo de la base estudiada en la *Cuestión I*, y del análisis realizado de las *Cláusulas CUARTA* y *SEXTA*, la calificación del contrato como de préstamo implica que a cambio de la entrega de cosa fungible por parte de un acreedor —dinero, de lo contrario hablaríamos de un comodato—, surge la necesaria obligación para el deudor de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1753 CC en relación con el art. 1740 CC). Esta obligación de devolución se realizará en cumplimiento de los términos pactados en el mismo, como muestra del principio de autonomía de la voluntad que rige los contratos (art. 1255 CC). Además, su incumplimiento faculta al acreedor para resolver la obligación en cuestión (art. 1124 CC). Así, existe la posibilidad de que el acreedor reclame el importe adeudado antes de que concluya el término fijado en el contrato, pues el deudor puede perder el derecho al plazo cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda —a no ser que no hubiera otorgado las garantías a las que estuviese comprometido, o que estas hubiesen disminuido o desaparecido por actos propios o caso fortuito— (art. 1129). Esta posibilidad se recoge expresamente para el caso de los préstamos hipotecarios al posibilitar la reclamación del total de lo adeudado por capital y por intereses, habiendo transcurrido tres cuotas mensuales impagadas, en los términos convenidos entre las partes —no al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC) —, plasmados en escritura pública y debidamente inscritos (art. 693.2 LEC). A pesar de ocurrir esto en el supuesto objeto de estudio, no es suficiente para afirmar la validez de su realización, pues ante contratos celebrados con consumidores (en nuestro caso, D. Sempronio y Dña. Flavia), será necesario verificar un “*doble control*”, que por un lado estudie el cumplimiento de las condiciones mínimas que recoge el art. 693.2 LEC y, por otro, valore en el caso concreto la justificación de su ejecución conforme a criterios jurisprudenciales<sup>95</sup>.

#### **III.1.2. Requisitos para la ejecución plenamente válida del vencimiento anticipado del contrato de crédito hipotecario.**

El vencimiento anticipado del préstamo hipotecario será plenamente válido siempre y cuando el deudor pierda el derecho al plazo (art. 1129 CC) — debido a insolvencia o disminución o desaparición de las garantías otorgadas—, y cuando se recojan, en escritura pública e inscripción registral, tales posibilidades entre las partes, siempre que estas sean válidas, no queden al arbitrio unilateral de la acreedora, y hubieren transcurrido tres plazos mensuales<sup>96</sup> sin cumplirse el pago (art. 693.2 LEC). Por tanto, “*la posibilidad de vencer anticipadamente el préstamo hipotecario en caso de impago parcial exige la inclusión de una cláusula a este respecto*”<sup>97</sup> que, en nuestro caso, como hemos estudiado, se encuentra en la *Cláusula SEXTA*, que se recoge en escritura pública y es debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad<sup>98</sup>. No obstante, esto no implica su validez per se, pues si esa cláusula, siendo condición general de la contratación, se califica como abusiva<sup>99</sup>, será nulo su contenido para los consumidores que la suscriban (Dña. Flavia y D. Sempronio). En un primer momento, la doctrina del TS<sup>100</sup>, basándose en el art. 1255 CC, indicaba que estas serían válidas siempre que “*concurra justa causa*,

<sup>95</sup> Cfr. DIAZ FRAILE, J.M., 2019, p. 524.

<sup>96</sup> La anterior redacción del art. 693 LEC posibilitaba la ejecución del vencimiento anticipado por incumplimiento de “alguno de los plazos”, pero las SSTs de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 concluyeron que tal posibilidad “*ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación*” y que, por tanto “*debe ser reputada como abusiva*”, siguiendo lo estipulado por la STJUE caso *Aziz*. Con este objeto, se modifica el precepto a través de la Ley 1/2013 incluyendo esos tres plazos.

<sup>97</sup> Cfr. AGÜERO ORTIZ, 2018, p.16.

<sup>98</sup> Siendo esta cláusula inscribible conforme a la RDGRN de 2 de julio de 1999, siempre que recojan el vencimiento anticipado por falta de pago y no por otro comportamiento ajeno a este.

<sup>99</sup> Es decir, si causa un “*desequilibrio importante en detrimento del consumidor*” o si contradice las exigencias de la “*buena fe*”, conforme al art. 3.1. de la Directiva 93/13

<sup>100</sup> V.gr. STS 792/2009 de 16 de diciembre.

*verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo*". No obstante, concreta la destacada STJUE de 14 de marzo de 2013<sup>101</sup> que el juez nacional debe valorar, en estos casos, si la facultad del acreedor de dar por vencida la totalidad del préstamo depende de si se ha incumplido una *obligación que revista un carácter esencial* en la relación contractual, de si ese incumplimiento ha sido lo *suficientemente grave* con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, de si esa facultad de vencerlo anticipadamente constituye una *excepción con respecto a las normas aplicables a la materia* y, por último, de si el *Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que le permitan al consumidor poner remedio a sus efectos*<sup>102</sup>.

Por ello, para aclarar si concurre justa causa debemos observar si, en primer lugar, la obligación incumplida *reviste un carácter esencial* (no accesorio<sup>103</sup>) *en la relación contractual*. Respecto a esta cuestión, como indicamos en el análisis de la *Cláusula CUARTA*, en el contrato concertado entre BANKYA y ROYAL PROMOCIONES, calificado como de crédito con devolución a plazos, la principal obligación de la deudora, ROYAL PROMOCIONES es, efectivamente, la devolución del capital que le ha sido prestado a través de las cuotas pactadas en el mismo y así lo ha entendido, como ya aclaramos, la STS 792/2009 de 16 de diciembre. En segundo lugar, habrá que estudiar si tal incumplimiento es *lo suficientemente grave con respecto a la duración y cuantía del préstamo*. Para ello, atenderemos a la proporcionalidad del importe pendiente de pago respecto a la totalidad de lo debido y respecto a las cuotas que han sido efectivamente pagadas<sup>104</sup>, aunque quepa tener en cuenta que se cumple una reproducción de la literalidad del art. 693.2 LEC en la *Cláusula SEXTA* recogiendo la posibilidad del vencimiento cuando este se de en tres cuotas, lo que aceptaría ya la validez de su contenido, en un primer momento, para los adherentes no consumidores. En cuanto a la efectividad de su ejecución<sup>105</sup>, esta se produce cuando falta el pago por parte de la deudora de las últimas diez cuotas a 15 de julio de 2018, que supondrían un pago previo efectivo a tal fecha de ciento veinticuatro cuotas<sup>106</sup>, es decir, un 69 % en relación al total de lo prestado, en comparación a un 5,5% de cuotas impagadas en relación al total de lo prestado. Parece que la proporcionalidad de lo pagado es superior a lo pendiente de pago y que, además, al tratarse de un préstamo de ciento ochenta cuotas a quince años, teniendo en cuenta que durante prácticamente diez años se ha cumplido, no parece que sea suficientemente grave bajo las circunstancias del caso<sup>107</sup>, aunque si tenemos en cuenta que la deudora no ha efectuado ningún pago parcial desde la primera cuota impagada hasta la ejecución del vencimiento, cabría pensar lo contrario<sup>108</sup>. Aun así, esto sería objeto de valoración en el

---

<sup>101</sup> Asunto C-415/11 (*Aziz*) y, en el mismo sentido STJUE de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*).

<sup>102</sup> Se plantean dudas sobre el carácter alternativo o recurrente de estos requisitos, puesto que el TS no lo aclara, pero parece ser conforme al criterio que aplica, el estudiar la abusividad de la cláusula interpretándose esta respecto a su contenido y respecto a su comparación con la norma supletoria de derecho nacional, *Cfr.* DIAZ FRAILE, J.M, 2019, pp. 541.

<sup>103</sup> STS 792/2009 de 16 de diciembre.

<sup>104</sup> Puesto que, como se realiza en el AJPI Vic 5/2015 de 20 de abril: "*hay que analizar la aplicación que la cláusula tuvo en el supuesto para determinar si el incumplimiento por parte de los ejecutados debe ser considerado como grave*".

<sup>105</sup> SAP Madrid de 20 de junio 2016 (JUR 2016/184896), cita el Acuerdo no jurisdiccional adoptado por la Junta de Magistrados de la AP Madrid el 30 de septiembre de 2014: "*Procede la ejecución hipotecaria cuando se haya producido el impago de tres o más cuotas, al tiempo de la liquidación de la deuda, con independencia de los términos en los que esté redactada la cláusula de vencimiento anticipado*".

<sup>106</sup> Derivadas del pago anual de doce cuotas mensuales por once años de pago más dos meses desde la firma del contrato hasta la fecha de la ejecución del vencimiento anticipado. Teniendo en cuenta que la deudora arrastra un impago a esa fecha de diez cuotas, las efectivamente pagadas serían ciento veinticuatro.

<sup>107</sup> Diferentes AAPP han valorado la suficiencia de esta gravedad en función de las circunstancias de cada caso. *V.gr.*, SAP Madrid de 20 junio (JUR 2016/284896), la acepta con 14 cuotas habiendo pagado 59; SAP Pontevedra 10 de diciembre 2015 (JUR 2016/38534) la acepta con 2 cuotas trimestrales equivalentes a 6 mensualidades; SAP de Girona de 30 de mayo (JUR 2016/181009) con 9 cuotas mensuales.

<sup>108</sup> Como se realiza en la SAP Huelva 748/2018, de 19 de julio.

supuesto de que se hubiera incumplido lo dispuesto en el art. 693.2 LEC<sup>109</sup>, que no ocurre aquí, previéndose y habiéndose ejecutado mucho después de esas tres cuotas<sup>110</sup>.

En tercer lugar, es necesario aclarar si este vencimiento anticipado constituye una *excepción con respecto a las normas aplicables en la materia, de manera que resulte más difícil para el consumidor, a la vista de los medios procesales de que dispone, el acceso a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa*. Respecto a esto, la STS 79/2016 de 18 de febrero, indica que *“nuestro ordenamiento jurídico prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado<sup>111</sup> (...) y permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento”*, por tanto no parece tratarse de una excepción en la materia conforme a las reglas contenidas en el CC, que lo recogen expresamente, además de que se lleva a la práctica generalizada y recurrentemente en el tráfico jurídico<sup>112</sup>. Por último, al observar si el *Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que le permitan al consumidor poner remedio a sus efectos*, el TS en la citada sentencia, aclara que no se prevén medios para que el consumidor remedie los efectos del vencimiento *“aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecario es vivienda habitual”*. Esto hace referencia a que, a pesar de que el art.693.3 LEC concede al deudor la facultad de liberar el bien hipotecado mediante la consignación de la cantidad exacta debida, vencida e impagada, solamente es posible su ejercicio en el caso de los créditos hipotecarios cuando graven bienes inmuebles para uso residencial y hayan sido concertados por personas físicas<sup>113</sup>.

Por ello, teniendo en cuenta el análisis de cada uno de los requisitos y lo expuesto en el estudio de la *Cláusula SEXTA*, está sería válida y no abusiva en el caso de los consumidores adherentes a la misma, así como para los calificados como empresarios en el contrato (ROYAL PROMOCIONES, Dña. Aurelia, D. Ticio, D. Cayo, Dña. Cornelia y Dña. Octavia), siendo indiferente para estos últimos el resultado que arroja dicho análisis de la nulidad, pues, si suponemos que la misma supera el control de incorporación<sup>114</sup>, al acogerse la redacción de la cláusula a la literalidad del art.693 LEC, su contenido les sería válido y aplicable.

### **III.1.3. Efectos de la validez o invalidez del vencimiento anticipado del contrato de crédito hipotecario concertado entre empresarios y afianzado por consumidores.**

En el caso que nos ocupa, la validez de la ejecución y de la cláusula que la contiene, al no ser esta abusiva, implica que los efectos sean iguales tanto para deudora empresaria como para los fiadores consumidores y no consumidores. Con ello, BANKYA estaría facultada para resolver la obligación (art. 1124 CC<sup>115</sup>) y reclamar a ROYAL PROMOCIONES *“la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos convenidos en la escritura de constitución y que consten en el asiento respectivo”* (art. 693.2 LEC) y si ésta no pagare, proceder a la ejecución de las garantías personales (art. 1822 CC) y reales (1872 CC). Aun así, en este caso la legitimación activa para ejercitar esta reclamación correspondería a GALICAIXA, fruto de la validez del contrato de cesión

---

<sup>109</sup> Cfr. DIAZ FRAILE, 2019, pp.544-545 *“Si el pacto se adapta a la norma autorizatoria y las leyes nacionales se supone que no contienen cláusulas abusivas (lo contrario implicaría atribuir al legislador incuria o iniquidad en la elaboración de la norma) la conclusión lógica sería la aplicabilidad analógica del art. 1.2. de la Directiva”* (que se refiere a la exclusión del control de abusividad en normas imperativas legales). Además, aclara el ATJUE de 3 de julio (asunto C-486/16), que *“es posible que, si se cumplen los requisitos del art. 693.2 LEC, se pueda despachar ejecución hipotecaria, aunque en el contrato hubiera una cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva por resolución judicial firme”*

<sup>110</sup> La STS del 23 de diciembre de 2015 recoge que *“podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago”*

<sup>111</sup> Art. 1129 CC generalmente y art. 693.2 LEC para los préstamos hipotecarios.

<sup>112</sup> Cfr. DIAZ FRAILE, 2015, p. 337.

<sup>113</sup> Como se deduce del propio precepto, haciendo referencia al apartado anterior.

<sup>114</sup> Cfr. pp. 12-13 de este mismo trabajo.

<sup>115</sup> Tradicionalmente sólo aplicable a los contratos bilaterales, aunque la STS 432/2018 de 11 de julio lo extiende a los préstamos, pues *“no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente”*

de crédito concertado con BANKYA en 2013. Respecto a esto, luego de haberse iniciado la ejecución de las garantías por parte de GALICAIXA, la STS del 11 de septiembre de 2019, indica que, para los préstamos vencidos tras el 15 de mayo de 2013<sup>116</sup> (en nuestro caso vence el 15 de julio de 2018), si el incumplimiento de la deudora reviste la suficiente y esencial gravedad estudiada, como es el caso, se continuará con la ejecución de las garantías siempre que esta se encuentre en curso y no se haya producido la entrega de la posesión al adquirente. En un primer momento, el TS<sup>117</sup> declaró que podría producirse su sobreseimiento<sup>118</sup>, si se diesen las condiciones del art. 693.2 LEC y, además, no se cumpliesen los criterios fijados por el TJUE para valorar su abusividad<sup>119</sup>. En ese supuesto, debería declararse nula en su totalidad (no parcialmente), sin impedir una nueva demanda ejecutiva basada en la aplicación o no de los criterios legales previstos en el caso concreto. Matiza con posterioridad el TJUE<sup>120</sup> que, si la cláusula fuera declarada nula, no sería posible integrar el contrato con una disposición supletoria de derecho nacional (el art. 693.2 LEC), salvo que esta produzca la anulación del contrato en su totalidad o cause un grave perjuicio en la posición procesal del consumidor<sup>121</sup>. No obstante, la determinación de la subsistencia corresponde a los tribunales nacionales, para lo cual deben utilizar un “*enfoque objetivo de interpretación*”, abriendo un “*trámite de audiencia previa para recabar el criterio del deudor ejecutado*” y poder ponderar así el conjunto de circunstancias del caso<sup>122</sup>. De igual forma, los tres autos dictados por el TJUE el 3 de julio de 2019<sup>123</sup>, resuelven sobre la conformidad a la normativa comunitaria del hecho de que los JPI queden vinculados por las órdenes de ejecución dictadas en apelación aun cuando la cláusula haya sido previamente declarada abusiva pero el derecho nacional no le reconozca fuerza de cosa juzgada.

---

<sup>116</sup> Por no ser de aplicación el art. 24 LCCI de naturaleza imperativa.

<sup>117</sup> V. gr. de las SSTs del 23 diciembre 2015 y 28 febrero 2016

<sup>118</sup> Pues “*no puede afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor*”

<sup>119</sup> Esto dio lugar al voto particular del magistrado D. F.J. Orduña, que consideró que siempre debería ser sobreseído, en aras de evitar perjuicios para el consumidor.

<sup>120</sup> En su sentencia del 26 de marzo de 2019, como respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS y el JPI nº1 de Barcelona, en los asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17 en las que se preguntaba, con interpretaciones divergentes cada órgano, sobre si se podría declarar parcialmente nula la cláusula (*blue pencil rule*) y si, en caso de declararse nula, podría integrarse de acuerdo al ordenamiento español.

<sup>121</sup> Al imposibilitar la continuidad del proceso especial de ejecución hipotecaria y, con él, contemplar ciertas ventajas que este le supone al consumidor en comparación a la ejecución ordinaria de la sentencia firme dictada en juicio declarativo.

<sup>122</sup> Cfr. DIAZ FRAILE, 2019, p. 572.

<sup>123</sup> Con el objeto de resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por el JPI nº1 de Fuenlabrada (asunto C-96/16), el JPI nº2 de Santander (asunto C-167/16) y el JPI nº6 de Alicante (asunto C-486/16).

#### **IV. Determine el o los cauces procesales adecuados para que la entidad financiera acreedora pueda satisfacer su derecho de crédito, así como la viabilidad de cada uno de ellos, en su caso.**

##### **IV.1. Posición del crédito garantizado con hipoteca y fianza en el procedimiento de cobro y posibilidades procesales de la entidad de crédito titular del mismo.**

ROYAL PROMOCIONES responde ante sus acreedores<sup>124</sup> por el incumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros (art. 1911 CC), de manera que cuando existen varios acreedores, como es el caso, se satisfacen sus derechos a prorrata –principio *par conditio creditorum*–, salvo que alguno de ellos goce de preferencia para ser saldado (arts. 1922-1926 CC), ocurriendo así en los créditos hipotecarios anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 1923.3º CC), aunque tal hipoteca no pueda alterar esa responsabilidad personal e ilimitada que pesa sobre la deudora (art. 105 LH).

Con motivo de la efectividad y validez de la cesión del crédito analizada en la *Cuestión II*, realizada antes del vencimiento de la obligación entre BANKYA y GALICAIXA, será esta la nueva titular del derecho de crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria sobre el inmueble sito en Ribeira y con siete avales solidarios –los cuatro socios y la administradora de ROYAL PROMOCIONES, así como su madre y su pareja–. Así, por un lado, el privilegio que le otorga la hipoteca *sujeta directa e inmediatamente* al cumplimiento de la obligación de su crédito la finca que grava, cualquiera que sea su poseedor en el momento de la ejecución<sup>125</sup> (art. 104 LH) y, por otro lado, los garantes que afianzan la obligación se obligan a pagar o cumplir por ROYAL PROMOCIONES en la misma posición que esta (aunque desaparece la subsidiariedad, lo es de manera accesoria), debido al carácter solidario en el que están constituidas sus obligaciones<sup>126</sup>, pudiendo dirigirse el acreedor a cualquiera de ellos con independencia de la realización de la garantía hipotecaria<sup>127</sup>. Igualmente, las fianzas del supuesto son de carácter mercantil, pues independientemente de que no todos los garantes sean comerciantes, aseguran el cumplimiento de un contrato mercantil (art. 439 CCo), encontrándose formalizadas, como la hipoteca, en escritura pública. Cabe tener en cuenta, también, que el vencimiento anticipado de la deuda, analizado en el *Cuestión III*, por su eficacia frente a terceros “*rompe las expectativas del fiador en cuanto al plazo (...) aunque no haya sido causante de la anticipación del mismo*”<sup>128</sup>. Aun así, en nuestro supuesto, si el deudor pierde el plazo, también lo perderían los fiadores por el carácter solidario de su posición, que excluye cualquier beneficio de excusión (art. 1831 CC).

De esta forma, GALICAIXA, para satisfacer su derecho, cuenta con dos posibilidades iniciales: reclamar el pago al deudor y fiadores a través del ejercicio de una acción personal (fundamentada en el derecho de crédito y que prescribiría a los veinte años a pesar del plazo quinquenal recogido en el art. 1964.2 CC<sup>129</sup>); o ejercitar una acción real hipotecaria (basada en el privilegio de ejecución hipotecaria y dirigida contra el bien que grava independientemente de su titular o poseedor, que prescribiría a los veinte años,

<sup>124</sup> En el supuesto se hace referencia, no solamente frente a GALICAIXA, como consecuencia de la cesión del crédito originario de BANKYA, sino también frente a las empresas suministradoras de agua y luz del edificio en construcción y al Arquitecto Técnico Director de ejecución técnica de la obra iniciada en el inmueble objeto de garantía.

<sup>125</sup> Como sabemos, de la lectura del supuesto, se denota la existencia de un tercer poseedor hipotecario adquirente de la finca objeto de la garantía hipotecaria que se encuentra debidamente inscrita en el RP y, por tanto, con eficacia erga omnes oponible al mismo (art. 662 LEC).

<sup>126</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, 2012, p.500: “*La jurisprudencia (...) afirma la efectividad del art. 1137 CC, con lo que el deudor y fiador solidario se colocan en un mismo plano frente al acreedor, mientras en lo que concierne a las relaciones internas entre ellos, aplica la normativa de la fianza*”

<sup>127</sup> Cfr. PASCUAL BROTONS, 2015, p. 40.

<sup>128</sup> Cfr. PASCUAL BROTONS, 2015, p. 181

<sup>129</sup> El mismo precepto abre la posibilidad de que se estipule un plazo especial y, en este caso, la STS 1331/2007 de 10 de diciembre, entiende que el crédito garantizado con hipoteca tiene un tratamiento distinto al crédito general, por tanto, la acción personal derivada del derecho de crédito, al estar garantizado con hipoteca, “*ve extendido su plazo de prescripción a veinte años*”.

ex arts. 1964.1 CC y 128 LH), sin que tenga que seguir un orden concreto<sup>130</sup>. Sin embargo, para poder interponer tal acción personal ejecutiva que abra paso a un proceso ejecutivo ordinario, o la acción real hipotecaria que inicie un procedimiento judicial especial sumario, es requisito indispensable contar con un título ejecutivo (art. 517 LEC), ya sea judicial –que obtendría, *v.gr.*, a través de una sentencia judicial firme (art. 517.2.1º LEC) debiendo acudir a un procedimiento declarativo (ya sea ordinario o especial monitorio)– o extrajudicial –con el que ya cuenta, mediante la escritura pública que contiene el contrato de crédito y sus garantías (art. 517.2.4º LEC)–. En caso de tratarse de este último (suponiendo que la acreedora decide no acudir a la vía declarativa, por contar con el título ejecutivo extrajudicial), debe realizar el requerimiento de pago a los obligados con carácter previo a la interposición de cualquier acción ejecutiva (art. 581 LEC) y dirigirlo a ROYAL PROMOCIONES (art. 538.2.1º LEC) y a sus fiadores solidarios (art. 538.2.2º LEC), en el domicilio social de esta y en el personal de los mismos si constasen en el título ejecutivo<sup>131</sup>, debiendo pagar el deudor las costas, aunque satisfaga la deuda en el acto (art. 583 LEC). En caso de que esto sea así, el LAJ dictará decreto finalizando el procedimiento y en caso de que no satisfagan la deuda (ni deudor ni fiadores solidarios<sup>132</sup>), se procederá con la ejecución que corresponda. No obstante, antes de entrar a analizar concretamente los cauces, es necesario estudiar los efectos que produciría la posibilidad de que ROYAL PROMOCIONES se encuentre en situación de insolvencia o desequilibrio patrimonial y deba declararse en concurso de acreedores o, desafortunadamente, liquidarse.

#### **IV.1.1. Declaración de la deudora en concurso de acreedores con carácter previo al ejercicio del derecho de crédito por parte de la entidad crediticia y posible disolución por pérdidas.**

“*La declaración del concurso procederá en caso de insolvencia*” de la deudora (art. 2.1 LC), entendiéndose tal concepto como la imposibilidad de cumplimiento regular de sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC) y podrá ser solicitada voluntariamente por la propia deudora<sup>133</sup>, justificando su endeudamiento y estado de insolvencia actual o inminente –existiendo la presunción *iuris tantum* de que conoce ese estado cuando se hayan dado los supuestos en los que pueda fundarse la solicitud de concurso necesario (art. 5.2 LC)– o necesariamente por cualquiera de sus acreedores, fundándola en: un título de ejecución cuando, tras un embargo previo, no resultasen bienes suficientes para cubrir su deuda (lo que ocurriría en caso de que GALICAIXA ejecutase la garantía y se dirigiese contra el patrimonio de deudora y fiadores y, aun así este no saldase el total de su crédito), cuando se produzca el sobreseimiento general del pago corriente de las obligaciones de la deudora (como se desprende del supuesto, al dejar de hacer frente a los suministros de agua y luz del edificio), existan embargos por ejecuciones pendientes que afecten a su patrimonio, se produzca el alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes (ROYAL PROMOCIONES enajena parte de su inmovilizado a precio inferior al de mercado) o, finalmente, se dé un incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, de la Seguridad Social o gastos de personal (de las cuales no se nos aporta

---

<sup>130</sup> Tal conclusión se extrae, primeramente, de la redacción del art. 105 LH, al indicar que la garantía hipotecaria no alterará la responsabilidad personal e ilimitada del deudor del art. 1911CC, la cual se materializa a través del ejercicio de la acción personal del 1964.2 CC, confirmada por el art. 681.1 LEC (“podrá” –no “deberá”– ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados) y por reiterada jurisprudencia del TS ( SSTS 16 de abril de 1955, 19 de octubre 1981 y de 4 de diciembre, al indicar “*la posibilidad de que el acreedor hipotecario prescinda del privilegio especial que le otorga tal carácter y concurra frente a los demás acreedores haciendo valer solamente la preferencia derivada de la constancia de su crédito en escritura pública (...) conforme al art. 1924.3º CC*”.

<sup>131</sup> También, a petición del ejecutante, en cualquier lugar en el que estos se hallen, o si no se encontrasen en su domicilio podría practicarse el embargo si el ejecutante lo solicitase, sin perjuicio de intentar otro requerimiento mediante cédula o edictos (art. 582 LEC).

<sup>132</sup> Al tratarse de un crédito cedido, los fiadores, antes de satisfacer la deuda, “*podrán cerciorarse de su legitimación, exigiendo acreditación de la cesión o acudiendo a la publicidad que le brinda el RP*”. Cfr. PASCUAL BROTONS, 2015, p. 117.

<sup>133</sup> Siendo competente para la toma de decisión el órgano de administración o liquidación (art.3.1.2 LC), en este caso, Aurelia, por ser administradora única, y debiendo presentar la solicitud mediante escrito de declaración de concurso, firmado por abogado/a (art. 31 LEC) y procurador/a (art. 23 LEC).

información al respecto). Por tanto, como del supuesto se desprende que ROYAL PROMOCIONES no puede cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, sería insolvente y, consecuentemente, cabría solicitar dicha declaración.

Ahora bien, esta situación crítica, aunque “*se encuentre íntimamente conectada*”<sup>134</sup>, resalta el TS que “*no puede confundirse con la situación de pérdidas agravadas o de fondos propios negativos, que determinan el deber (...) de disolución de la sociedad*”<sup>135</sup>. Este deber, tendrá que ser observado, mediante acuerdo de la junta general adoptado por mayoría (art. 364 LSC) en el plazo de dos meses (art. 365 LSC) si se cumple alguna causa estatutaria o legal de las recogidas en el art. 363 LSC, que en su apartado 1e) habla de “*pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto*<sup>136</sup> *a una cantidad inferior a la mitad del capital social*<sup>137</sup>, *a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso*”. Aunque el supuesto no aporta suficientes datos para proceder a calcular pormenorizadamente ambos conceptos (no contamos con un Balance de Situación), es posible percibir un estado de insolvencia actual, eminente y sostenida en el tiempo (desde que aumentan sus deudas *tras la caída del precio de la vivienda* hasta la actualidad) lo que pudo haber llevado a ROYAL PROMOCIONES, con toda seguridad, a acumular resultados negativos de ejercicios anteriores durante varios periodos, que hayan disminuido el PN contable y, con él, el PN mercantil, por debajo del CS mercantil que de por sí, cuenta con una base bastante reducida (un CS contable de 3.000,00 €). Además, en el momento de su constitución, uno de los socios le vende un terreno por un valor de 450.000,00€ que probablemente haya sido pagado con cargo a financiación externa, aumentando el endeudamiento ya desde un inicio y apoyando la idea de desajuste patrimonial sostenido en el tiempo. No obstante, el art. 363 LSC permite, alternativamente, evitar la disolución si procede “*solicitar el concurso*”, por tanto, conforme a ello debería proceder ROYAL PROMOCIONES –que ya se presumiría culpable por haber incumplido su administradora el deber de declararlo en plazo (art. 165 LC)–, o cualquiera de sus acreedores. Cabe aclarar que no sería posible llegar a un acuerdo de pago previo al concurso con los acreedores<sup>138</sup>, puesto que ya se han superado los dos meses desde el conocimiento de la insolvencia sin haber comunicado la deudora, al juzgado competente para la declaración del concurso – el JPI nº2-Mercantil de Lugo, por conocer de los asuntos mercantiles en el lugar donde radican los intereses principales de ROYAL PROMOCIONES (art. 10 LC) –, su intención de realizarlo (art. 5 bis LC).

Consecuentemente, sus acreedores (tanto GALICAIXA como cualquiera de los restantes) para poder satisfacer sus derechos, tendrían la posibilidad de solicitar el concurso de la deudora, expresando mediante demanda de solicitud<sup>139</sup> *el título* en el que fundan su derecho, así como su *origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y*

---

<sup>134</sup> VAZQUEZ CUETO, J.C., 2016, p.84, ya que “*las sociedades pobremente capitalizadas (justo en el capital mínimo legal, para el caso de una (...) de responsabilidad limitada), (...) entran con gran facilidad en causa de disolución por pérdidas en cuanto registran una tendencia económica ligeramente desfavorable*”

<sup>135</sup> STS de 1 de abril de 2014 “*cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación (...) y al contrario*”

<sup>136</sup> Entendido este como el PN Mercantil del art. 36.1 CCo, que se calcula añadiendo al PN Contable las cuentas del PGC “*socios por desembolsos no exigidos*” (1030), “*socios por aportaciones pendientes*” (1040), “*acciones como pasivo financiero*” (502 y 195) y el “*ajuste de cobertura de flujos*” (1340). A este resultado se suma, fruto de la modificación incorporada por el art. 20d) RD 7/1996, la cuenta “*préstamo participativo*” (1635) si lo hubiere. Si el balance a analizar representase alguno de “*los dos ejercicios sociales que se cierran a partir de la entrada en vigor de esta disposición*” (el 30 septiembre de 2014), según lo establecido en la DA única del RD 10/08, habría que tener también en cuenta las *pérdidas por inmovilizado material, por inversiones inmobiliarias y por deterioro de existencias*.

<sup>137</sup> Entendido este como el CS Mercantil del art. 36.1 CCo, que se calcula añadiendo al CS Contable, las cuentas del PGC, “*acciones como pasivos financieros*”, a corto y a largo plazo.

<sup>138</sup> De refinanciación o extrajudicial.

<sup>139</sup> Sujeta a menores formalismos y contenido que los preceptivos para la demanda de solicitud en concurso voluntario (art. 6 LC y art. 399 LEC), no siendo necesario tampoco apoderamiento especial para el procurador (Art. 25 LEC). Además, si el juez o la jueza admite a trámite la solicitud, y la deudora decide oponerse, debe ser ella la que pruebe su solvencia, presentando la contabilidad que está obligada a llevar como SL (art. 18 LC): Los libros Diario, de Inventario y Cuentas anuales (art. 28 CCo).

*vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañarán documento acreditativo*, además de expresar los medios de prueba de los que se pretendan valer, no siendo suficiente la testifical por sí misma (art. 7 LC). En el propio escrito, podrán incluir<sup>140</sup> también la petición al juez de que se sigan los trámites procedimentales abreviados de los arts. 190 y ss. LC a la hora de declararse el concurso<sup>141</sup>, inclusión que procede en este caso, debido a que, según muestra la redacción del supuesto, ROYAL PROMOCIONES cuenta con menos de cincuenta acreedores y tanto su pasivo, como su activo parecen no superar los cinco millones de euros (art. 190.1 LC) –a pesar de no contar con un Balance de Situación detallado que lo corrobore, podemos observar que las obligaciones vivas que se mantienen al agudizarse la insolvencia, suman los 77.084,60 € debidos a GALICAIXA, y otras relacionadas con suministros y servicios exteriores, que difícilmente superarán tal límite legal. Teniendo en cuenta que se encuentra, igualmente, en situación de insolvencia y desequilibrio patrimonial, es de suponer que su activo tampoco superará el valor del pasivo anteriormente mencionado<sup>142</sup>–.

Con esto, el juez procederá a proveer la solicitud y admitirla a trámite emplazando al deudor para comparecer en cinco días, con el objeto de que formule oposición y proponga la prueba que corresponda (arts.13 y 15 LC), pudiendo adoptar las medidas cautelares que procedan<sup>143</sup>. Una vez celebrada la vista acreditándose la insolvencia de la deudora, bien porque esta se haya allanado o se haya desestimado mediante auto su oposición, se nombra administrador concursal<sup>144</sup> –al tratarse de un concurso necesario sustituirá a Aurelia, pues se suspenden sus funciones (art. 40.2 LC)–, el juez dicta auto de declaración del concurso en el que decidirá si se mantienen las medidas cautelares que hubiesen sido adoptadas, y dará inicio al procedimiento jurisdiccional –procediéndose a publicar tal hecho en el BOE, en el diario de mayor difusión de Lugo, a inscribirse en el RM, y anotarse en el folio registral de cada bien o derecho inscrito por ROYAL PROMOCIONES, indicando la fecha y el nombramiento de los administradores concursales (arts. 23 y 24 LC)–, contra el que solo cabrá recurso de apelación (en el plazo de veinte días ante la AP de Lugo y referido al auto en general<sup>145</sup>) o reposición (ante el mismo juzgado, por algún pronunciamiento concreto)<sup>146</sup>. De igual forma, se llamará a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal sus créditos en el plazo de un mes desde esta publicación (art. 21.1. 5º LC), lo que procedería por parte de GALICAIXA si ella no hubiese instado el concurso. Así, en esta fase común del procedimiento, durante los quince días siguientes a la aceptación, el administrador concursal elabora un informe de administración concursal<sup>147</sup> que se comunica a los acreedores cinco días antes de la presentación (prorrogables a quince), para que puedan rectificarlo en un plazo de tres días. Si algún acreedor impugnase el inventario de la lista realizada, se formará pieza separada de incidente concursal –a través del cual GALICAIXA podría solicitar a la administración concursal el ejercicio de la acción rescisoria que reintegre a la masa activa el inmueble enajenado en los dos años previos a

---

<sup>140</sup> Bien en los Fundamentos de Derecho de la demanda (art. 399.4 LEC “*clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda*”) o bien al final de la misma, través de un *Otrosí digo*.

<sup>141</sup> Que ofrecen “*soluciones más rápidas y económicas cuando concurran determinadas circunstancias que la experiencia de estos años (...) ha permitido constatar*” según el Preámbulo (IV) de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la LC.

<sup>142</sup>De todas formas, será el juez el que deberá valorar tales circunstancias y decidir si el concurso reviste o no *especial complejidad*, pudiendo, en cualquier momento, transformar el procedimiento de abreviado a ordinario o viceversa (art. 190, apartados 1 y 4).

<sup>143</sup> A instancia de parte (art.17 LC). Teniendo en cuenta la enajenación apresurada de bienes que la deudora ha llevado a cabo de manera previa al concurso, cabría valorar la adopción de medidas cautelares que previesen la realización de actos similares que afectasen a la integridad del patrimonio de la deudora.

<sup>144</sup> En este caso, al tratarse del procedimiento abreviado, podría ser una única persona: abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil (art. 27.2. 3º LC)

<sup>145</sup> Art. 458.1 LEC

<sup>146</sup> Art. 20 LC

<sup>147</sup> Que contendrá una memoria de la deudora, su contabilidad, todo lo relativo a las decisiones y actuaciones de la administración concursal, y la situación patrimonial de la deudora (art. 75 LC), adjuntando igualmente junto a él, un informe de masa activa (art. 191.2 LEC), la lista del total de acreedores, la evaluación de propuestas de convenio o planes de liquidación si hubiere y la valoración de la sociedad en su conjunto.

la declaración del concurso (art. 71 LC)<sup>148</sup>– y, antes del transcurso de diez días, el administrador podrá comunicar al juzgado su conformidad y se procederá a publicar el informe. Si estas impugnaciones afectaran a menos del veinte por ciento del activo o pasivo del deudor, el juez podrá finalizar la fase común y abrir directamente la fase de convenio o liquidación (art. 191.4 LC). En caso de convenio –que contendrá proposiciones de quita o espera, ambas, u otras alternativas (art. 100 LC)<sup>149</sup> –, habrá un plazo de cinco días para presentar propuestas y si alguna es admitida a trámite, se convocará a la junta de acreedores en los treinta días siguientes. Si no se llegase a ningún tipo de acuerdo con los acreedores mediante convenio, el LAJ procederá a abrir la fase de liquidación<sup>150</sup> (que no podrá durar más de tres meses, prorrogables uno más), debiendo presentar el administrador concursal la propuesta en el plazo de diez días (art. 191.6 LC), al que se podrán presentar oposiciones en el plazo de quince días. Una vez se apruebe la liquidación o el convenio, se procederá a la fase de calificación del concurso, en este caso culpable, emplazando a los afectados y cómplices que, en su caso, serán responsables patrimonialmente del déficit de la masa activa (art. 172.bis.1 LC).

La posición del acreedor hipotecario, siempre que la misma haya estado constituida de manera que garantice su oponibilidad a terceros<sup>151</sup>, es privilegiada en nuestro Ordenamiento, tanto desde el punto de vista sustantivo<sup>152</sup>, como procesal<sup>153</sup>, y así se refleja, generalmente<sup>154</sup>, en el concurso de acreedores, respecto de la parte del crédito que no exceda del valor de la garantía, calculada conforme a su valor razonable (arts. 90.3 y 94.5 LC). En esta primera hipótesis, planteamos la posibilidad de que el concurso ya hubiera sido iniciado cuando GALICAIXA procede a ejecutar su derecho, por lo que en un primer lugar, deberá comunicar su crédito a la administración concursal (art. 21.1.5º LC) y solicitar a la misma el ejercicio de la acción de reintegración del bien afecto a la garantía, es decir, el inmueble sito en Ribeira, para poder así requerir, una vez integrado en la masa, la ejecución separada del mismo –ya que el ejercicio de este derecho debe recaer sobre un bien integrado en la masa activa del concursado<sup>155</sup>–, siempre que no haya sido abierta la fase de liquidación (art. 57 LC).

---

<sup>148</sup> Posibilidad que se estudiará en la Cuestión VI de este Trabajo, aunque también podría realizarlo en cualquier otro momento anterior a la finalización del concurso (art. 82.4 LC).

<sup>149</sup> El convenio solamente afectaría a GALICAIXA en caso de que vote a favor de su propuesta, se adhiera al mismo una vez aprobado, o concurren ciertas mayorías cualificadas para su aprobación, aunque haya votado en contra (art. 134 LC).

<sup>150</sup> También podrá abrirse cuando la inste el deudor por ser perceptiva en virtud del art. 142.2 párrafo I LC, o cuando lo haga un acreedor que pruebe que al ejecutar el convenio se ha vuelto a incurrir en insolvencia (art. 142.2, párrafo II LC).

<sup>151</sup> Cfr. FORTEA GORBE, 2019, p.80.

<sup>152</sup> Quebrando el principio *par conditio creditorum* pues, por una parte, nuestro ordenamiento así lo indica en varios preceptos –de manera general, arts. 1923.3º CC, art. 104 LH, art. 692.1 LEC entre otros, y, en el ámbito concursal, art. 90.1.1º LC–, apoyando esta posición el TS de manera reiterada –v.gr. STS 313/2018 de 28 de mayo, o STS 112/2019 de 20 de febrero: “*la constitución de garantías reales para asegurar la efectividad de un derecho de crédito confiere a su titular un refuerzo de su posición, tanto al permitirle (...) promover el procedimiento de realización de valor (...) como al otorgarle un privilegio (...) para el cobro con lo obtenido en dicha ejecución forzosa*” – y confirmándolo la doctrina –C.fr. DIEZ-PICAZO, 1982, pp. 293 y ss. “*algunos créditos (...) es justo que sean antepuestos a los demás (...) la causa debe ser tenida en cuenta al clarificar teleológicamente la razón de ser del privilegio*”, y CARRASCO PERERA, 2009, p.63. “*el acreedor tiene un derecho especial no por el hecho de que disponga en abstracto de un derecho de garantía, sino porque su crédito puede ser pagado con la ejecución de ese bien afecto a la garantía*” –.

<sup>153</sup> Referido a los mecanismos y vías de ejecución preferenciales de los que dispone para ejercitar su derecho –arts. 1858 y 1876 CC, art. 129 LH, art. 681 LEC y, en el ámbito concursal, arts. 155.4 y 5 (afección del bien gravado a la satisfacción del crédito), 56 y 57 LC (que le atribuyen el derecho de ejecución separada, aunque como indica la RDGRN del 15 de marzo de 2019: “*el sistema legal vigente privilegia al «ejecutante madrugador» esto es, aquel que hubiera iniciado la ejecución antes de la declaración del concurso o inmediatamente después de que transcurriera un año antes de su declaración, sin que hubiera tenido lugar la apertura de la fase de liquidación*”) –.

<sup>154</sup> Cfr. BLASCO GASCÓ, 2010, p. 227: “*Ambos privilegios no se exigen esencial y recíprocamente: puede haber un crédito con privilegio especial, pero sin derecho de ejecución separada; y (...) un crédito que goce de privilegio procesal pero no de privilegio sustantivo de preferencia de cobro*”.

<sup>155</sup> SAP Barcelona 187/2011 (Sección 11ª), de 15 de septiembre, si “*la prestataria no es dueña del inmueble hipotecado (...) no opera el artículo 55 LC, pues dicho bien no forma parte de su patrimonio como tal*”

No obstante, a pesar de no haberse iniciado esta fase, si el bien sobre el que recae la garantía real se muestra *necesario*<sup>156</sup> para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de ROYAL PROMOCIONES, no podrá iniciarse tal ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho, o trascurra un año desde la declaración del concurso sin haberse abierto la liquidación (art. 56 LC). El apartado quinto de este artículo aclara que será el juez del concurso el que deba determinar<sup>157</sup> el carácter necesario del bien en cuestión, suspendiendo el LAJ (art. 568 CC) cualquier actuación iniciada hasta obtener testimonio de la resolución sobre la calificación del mismo. Tradicionalmente, parte de la jurisprudencia<sup>158</sup>, entendía el concepto de bien afecto<sup>156</sup> como “*el destinado a servir de forma duradera en la actividad de la empresa debiendo ligarse su concepto al de inmovilizado, tal y como lo define el PGC*”, y siguiendo este sentido, si el inmueble en construcción propiedad de la deudora se hubiese incorporado en la partida “*existencias*”, es decir, si ya estuviera destinado a su venta, no se trataría de un bien afecto<sup>159</sup>. Sin embargo, otra línea jurisprudencial<sup>160</sup>, más cercana al concepto de bien necesario, lo definía como “*todos aquellos que estén destinados al servicio de la actividad profesional o empresarial del concursado y (...) el metálico (...) cuyo flujo sea utilizado para su reinversión o actividad ordinaria de la empresa*”, confirmándose actualmente como un bien “*íntimamente conectado con la actividad económica y empresarial de la deudora*”<sup>161</sup>. Siguiendo esto, la AP de Santa Cruz de Tenerife entendió en su auto nº111/2011 de 21 de septiembre, que las fincas y edificios en construcción hipotecados de los que es titular una promotora inmobiliaria, se encuentran afectos a su actividad, pues “*permiten la continuación de la explotación durante un periodo de tiempo con la posibilidad, precisamente, de obtener nuevos activos realizables durante el mismo*”, siempre que la entidad no haya “*dejado la actividad propia de su objeto social*”. Para poder determinar esto, el juez del concurso deberá valorar si ROYAL PROMOCIONES había solicitado o no el cese de su actividad como promotora<sup>162</sup>, información que en este caso no se aporta más allá de indicar que el bien había sido enajenado a un tercero con anterioridad al año 2017, lo que podría mostrar, en cierto modo, el cese de facto de la actividad conforme a ese bien ya enajenado y la intención tácita de la compañía de no continuar explotando su objeto social<sup>163</sup>. Si, conforme a esto, el juez decide que el bien no es necesario, GALICAIXA “*recupera en su integridad las facultades de ejecución*”, en caso contrario “*queda sin competencia en los términos previstos en el artículo 55 de la Ley*”<sup>164</sup>. En caso de no ser bien necesario, deberá conocer de su ejecución, en cauce extraconcursal, el JPI de Ribeira<sup>165</sup>. No obstante, si se determina que lo es, sólo podrá ejecutarse separadamente si ha transcurrido un año desde la declaración del concurso sin abrirse la fase de liquidación<sup>166</sup>, o si se aprueba un convenio que no afecte a tal derecho.

<sup>156</sup> En la redacción dada a este precepto por la Ley 38/2011 se recogía el concepto de bien “afecto” que hoy aparece ya unificado al concepto de bien “necesario”, con la publicación del RDL 4/2014 de 7 de marzo, en la que se aclara que “*no siempre es necesario que concurren todas las facultades que tradicionalmente integran un derecho de propiedad para que ese bien quede afecto a la actividad empresarial*”.

<sup>157</sup> Correspondiéndole la carga probatoria a GALICAIXA, como se indica en el AJM nº1 Segovia, de 22 de febrero de 2017: “*a la entidad acreedora le incumbía la carga procesal de acreditar de modo adecuado y suficiente (...) la concurrencia de la totalidad de los requisitos exigidos en los arts. 56 y 57 LC*”.

<sup>158</sup> AAP de las Palmas (Secc. 4ª) de 12 de enero de 2006, AAP Mallorca (Secc. 5ª) de 26 de octubre de 2009, AJM nº 4 Madrid de 14 de enero de 2005, AJM nº2 Barcelona de 15 de julio de 2008.

<sup>159</sup> En este sentido AAP Zaragoza (Secc. 5ª) de 26 de febrero de 2010 (FJ 3º).

<sup>160</sup> V.gr. AAP Barcelona (Secc. 11ª) de 26 de febrero de 2007 (FJ 3º) o AJM nº1 Alicante, de 7 de mayo de 2009.

<sup>161</sup> AJM nº1 Segovia, de 22 de febrero de 2017.

<sup>162</sup> Como se realiza en la AAP Barcelona (Sección 15ª) de 17 de abril de 2009 (FJ 1º).

<sup>163</sup> En ese caso la administración concursal podrá solicitar directamente al juez la apertura de la fase de liquidación, dando traslado a la deudora en tres días y resolviendo el juez en los cinco siguientes (art. 142.3 LC).

<sup>164</sup> AAP Islas Baleares de 12 de septiembre de 2016.

<sup>165</sup> Conforme al ATS de 14 de septiembre de 2016, que resuelve de un conflicto de competencia entre el JPI nº3 de Vélez y el JM nº6 Madrid, sobre la ejecución hipotecaria de un bien no afecto de una sociedad concursada, donde declara que la competencia le corresponde al JPI, conforme al art. 57.1 LC.

<sup>166</sup> Aunque el AJM nº5 Madrid, de 19 de diciembre de 2009, entiende que en fase de convenio tampoco debería admitirse esta ejecución separada.

En cualquiera de estos dos casos, conocerá de la misma el Juez del concurso (art. 57.3 LC), acumulándose en el procedimiento concursal general, la ejecución de la garantía en pieza separada conforme a las normas de la LEC. Si el valor obtenido al realizar el inmueble fuese inferior al del crédito adeudado, este “*continuará reconocido dentro de la masa pasiva del concurso, con la calificación que corresponda*”<sup>167</sup>.

En el caso de haberse abierto la fase de liquidación sin ejercitar este derecho, GALICAIXA perdería su privilegio procesal, y el bien se realizaría siguiendo el plan de liquidación (art. 148 LC), que en ningún caso podría ignorar sus derechos<sup>168</sup>, o conforme a las reglas supletorias (art. 149 LC). De acuerdo con esto, el orden de prelación del pago de los créditos indica que, en primer lugar, se satisfarán los créditos con cargo a la masa activa del concurso –sin incluir los bienes afectos al pago de un privilegio especial–, que no hubieran sido satisfechos en el momento de su generación (art. 154 LC). En segundo lugar, se satisfarán los créditos con privilegio especial con cargo a los bienes afectos<sup>169</sup> –donde se encuentran los garantizados con hipoteca (art.90.1.1º LC), como el crédito a favor de GALICAIXA–, seguidos de los créditos con privilegio general (art. 91.3º LC). A continuación, los créditos ordinarios –donde podríamos clasificar las facturas referenciadas en el enunciado, tanto las de suministros como las emitidas por el Arquitecto Técnico Director de ejecución de la obra, por no ser este un trabajador dependiente de Royal Promociones y no contar, por ello, con privilegio ordinario– y, en último lugar, los créditos subordinados (art. 92 LC, por el orden establecido y a prorrata). En caso de insuficiencia de la masa activa para satisfacer el cobro de alguna de las deudas, se declarará la conclusión del concurso y se acordará la extinción de la deudora, cancelándose su inscripción en los registros públicos correspondientes (art. 178.3 LC). En el caso de GALICAIXA, si apareciesen nuevos bienes, podría solicitar la reapertura del concurso conforme al art. 179 LC, aunque, de todas formas, la declaración de la deudora en concurso no le impide a GALICAIXA exigir el cumplimiento de la obligación a los deudores solidarios, conforme a los arts. 568.3 y 538 LEC<sup>170</sup>, lo que previsiblemente, la sitúa en una posición bastante favorable a la hora de poder saldar su crédito.

No obstante, aunque GALICAIXA contaría con una posición privilegiada dentro del concurso que, además, se podría tramitar abreviadamente, la posibilidad de satisfacer su derecho a través de este cauce se dilata debido a los plazos<sup>171</sup>, acrecentados por la necesidad de llevar a cabo el ejercicio de la acción de reintegración y la imposibilidad de iniciar la fase de liquidación por parte del deudor hasta que se conozca la imposibilidad de cumplir el convenio<sup>172</sup>, a lo que se suma la consecuyente y obligatoria paralización del proceso para llevar a cabo la calificación sobre la “necesidad” del bien objeto de garantía para la continuidad del negocio que, en caso de serlo, imposibilitaría la ejecución separada hasta cumplirse las condiciones del art.56 LC y, en caso de no serlo, tal ejecución separada implicaría sumar al concurso ya andado los plazos relativos a las normas

---

<sup>167</sup> STS 491/2013, de 23 de julio.

<sup>168</sup> Cfr. BLASCO GASCÓ, 2010, pp.116-117: “*el plan de liquidación no puede modificar ni la calificación del crédito ni la prelación del mismo como orden de pago (..) ni la abstención en fase de convenio*”.

<sup>169</sup> Salvo que la ejecución se encuentre suspendida y se pueda optar al pago con cargo a la masa (art. 155.2 LC). En caso de continuar con la ejecución, las vías posibles (art. 155.4 LC) abarcan la subasta y la venta directa del bien o su cesión en pago al acreedor, tanto en el seno del convenio (bajo previa solicitud de parte), como fuera de él (siempre que el oferente satisfaga al contado un precio superior al mínimo pactado, salvo conformidad de GALICAIXA y ROYAL PROMOCIONES con otro precio inferior conforme al valor de mercado según tasación oficial homologada).

<sup>170</sup> La STS 7446/2007 de 7 de noviembre, indica que el acreedor podrá dirigirse indistintamente contra el fiador solidarios si, luego de declararse el concurso sin haber cumplido su obligación, el pago no pudiese ser posible hasta llegar a la fase de liquidación o convenio.

<sup>171</sup> La duración media de un concurso de acreedores abreviado en el año 2018 fue de 937 días (2,6 años), en comparación con el ordinario (2009 días, es decir, 4-5 años), según la Estadística Concursal del año 2018 realizada por el Colegio de Registradores de España.

<sup>172</sup> Porque, a pesar de que una vez aprobado el plan de liquidación sea necesario que sus operaciones no duren más de tres meses prorrogables a uno (bajo penalización para el liquidador si se incumple), la única posibilidad de que se abra la fase de liquidación antes del convenio es a través de la solicitud del deudor o de la administración concursal si se acredita el cese de la actividad profesional de la deudora (art. 142 LC)

recogidas en la LEC (es decir, los plazos de la propia ejecución hipotecaria<sup>173</sup>). En el mejor de los casos, si el bien objeto de garantía cubriese con su valor la totalidad del crédito, este se saldaría, en caso contrario, cabría continuar en el concurso por el excedente con la calificación correspondiente (que podría gozar de un privilegio general del 50% de su importe según el art. 91. 7º LC si hubiera solicitado el concurso). Por ello, cabría recomendar a GALICAIXA que, en caso de haberse iniciado el concurso, dirija su reclamación contra la deudora y la totalidad de los fiadores solidarios ya que, si pagan estos lo debido, evitaría los efectos dilatorios del mismo, al subrogarse en su posición crediticia aquellos que le hubieren pagado (art. 1839 CC). En caso de no haberse iniciado el concurso, cabría analizar, a continuación, cuáles serían sus posibilidades.

#### **IV.1.2. Deudora no declarada en concurso de acreedores. Ejercicio de la acción real y la acción personal: Posibilidad de acumulación de acciones y legitimación pasiva de los fiadores en el procedimiento hipotecario**

##### **IV.1.2.1. Ejercicio de la acción personal y sus posibilidades procedimentales**

En orden al ejercicio de la acción personal, GALICAIXA puede elegir (art. 681.1 LEC) entre acudir al cauce específico de ejecución que le atribuye su posición privilegiada o bien al cauce de ejecución ordinario común a todo acreedor<sup>174</sup> y dirigirse contra la totalidad del patrimonio de deudora y fiadores solidarios (legitimados pasivamente, *ex art.* 538.2. 1º y 3º LEC). Si elige este último, deberá fundarlo en un título de ejecución que puede ser extrajudicial –con el que ya cuenta, la escritura pública (art. 517.2. 4º LEC)– o judicial –que obtendría a través de un juicio declarativo ordinario, ya que el importe reclamado supera los 6.000,00€ (art. 249.2 LEC), o especial monitorio<sup>175</sup>–. La demanda de ejecución debería ser presentada ante el JPI de Lugo<sup>176</sup> (arts. 545.3 y 51 LEC). Cabe aclarar que en esta opción los plazos serían más dilatados que en la específica, pues existen trámites esenciales, como el embargo (art. 584 LEC) y la valoración de los bienes por parte del tasador (art. 637 y ss. LEC)<sup>177</sup> que no se recogen en la otra modalidad. En lo respecto a su aplicación al bien hipotecado, recoge la RDGRN de 23 de mayo de 2018 que deben ser igualmente cumplidos, haciéndose constar en la nota al margen de la hipoteca ejecutada su relación con la posterior anotación de embargo<sup>178</sup>.

No obstante, en nuestro supuesto existe una peculiaridad, y no es otra que el hecho de que el bien objeto de garantía no se encuentra en el patrimonio de la deudora ni de los fiadores, por tanto, el ejercicio de la acción personal no afectaría al mismo, debería acudirse igualmente al ejercicio de la acción real que, bajo la oponibilidad *erga omnes* que atribuye la hipoteca previa inscrita en el RP, posibilitaría su ejecución. Ante esto,

---

<sup>173</sup> Según las Estadísticas del CGPJ, la duración media de las ejecuciones hipotecarias en el año 2018 en Galicia fue de 39.3 meses (3 años aproximadamente).

<sup>174</sup> Vid. SSTS de 5 de octubre de 1981, 16 de abril de 1955 y 4 de diciembre de 1999: “*tiene reconocido la jurisprudencia de esta sala la posibilidad de que el acreedor hipotecario prescinda del privilegio especial que le otorga tal carácter y concurra frente a los demás acreedores haciendo valer solamente la preferencia derivada de la constancia de su crédito en escritura pública*”.

<sup>175</sup> También cumpliría los requisitos para acudir a este, pues se trata de una deuda dineraria, líquida, determinada, vencida y exigible (art. 812.1 LEC). Aunque, como indicamos al inicio de esta cuestión, la única ventaja que daría contar con un título judicial sería evitar el requerimiento de pago previo a la ejecución (art. 580 LEC), por lo que no sería muy recomendable que acudiese a estas vías declarativas, ya que dilatarían los plazos sin necesidad aparente.

<sup>176</sup> Si se hubiese acudido previamente a juicio declarativo, debería conocer el juzgado que ordenó la ejecución.

<sup>177</sup> Para PASCUAL BROTONS (2015, p.77) esto sería una ventaja, pues entiende que, teniendo en cuenta la caída del precio de la vivienda, el hecho de que el bien hipotecado esté tasado por un perito favorece su ajuste al valor de mercado del momento y su venta en subasta, aunque también recalca que el art. 637 LEC posibilita a las partes que dispongan lo contrario.

<sup>178</sup> No obstante, este no es un tema libre de polémica, pues la AAP Valladolid (Secc. 1ª) de 5 de noviembre de 2007 (FJ 2º), entre otras, entiende “*innecesario y a menudo perturbador el embargo de la finca ya hipotecada y afecta a determinadas responsabilidades, pues ante la existencia de la afección que la hipoteca publica “erga omnes” no añade ninguna garantía más (...) sino que al contrario (...) podrían producirse importantes disfunciones cuando se dicta el auto de adjudicación y se pretenden cancelar la hipoteca finalmente ejecutada y todas las cargas posteriores*”.

GALICAIXA debería decidir detenidamente si, teniendo en cuenta el valor del bien objeto de garantía, este podría cubrir la deuda actual o, por el contrario, sería insuficiente y le haría acabar por volver al cauce de ejecución ordinaria, porque, en ese caso, sí podría interesarle dirigirse directamente a la vía no específica pues, de ninguna forma sería posible luego paralizar el juicio ejecutivo ordinario para iniciar, de manera paralela, el ejecutivo hipotecario<sup>179</sup>. Teniendo en cuenta que el bien hipotecado no está presente en esta vía ordinaria, si el resto de acreedores acudiesen a la misma para satisfacer sus créditos, el art. 555.2 LEC posibilita su acumulación a petición de parte, si el LAJ lo considerase conveniente.

#### IV.1.2.2. Ejercicio de la acción real y procedimiento especial hipotecario

Si GALICAIXA decide ejercitar una acción real directa contra el bien hipotecado, que abra el procedimiento de ejecución hipotecaria (arts. 681 y ss. LEC, o bien la venta extrajudicial del bien, si resulta viable conforme a lo dispuesto en el art. 129 LH), debe interponer demanda ejecutiva ante el JPI de Ribeira, por ser la ciudad donde radica el inmueble objeto de garantía (art. 684 LEC) y dirigirla hacia los legitimados pasivamente, que incluirán en todo caso a la deudora, ROYAL PROMOCIONES y al tercer poseedor de la finca donde radica la obra en construcción (art. 685 LEC). Respecto a la inclusión de los fiadores de la obligación en este grupo y, por tanto, a la posible acumulación de la acción real y personal en un único procedimiento, se trata de un asunto que durante un tiempo dio lugar a discusión doctrinal pues, frente a los que comprendían que la literalidad del precepto no incluía como parte a los fiadores<sup>180</sup> se encontraban aquellos que entendían que no considerarlos como tal podría causarles una indefensión, al vulnerar su tutela judicial efectiva<sup>181</sup>. Finalmente, el TC, en su sentencia 79/2013, de 8 de abril, sienta doctrina aclarando que *“el derecho a la tutela judicial efectiva habilita a quienes ostenten algún derecho o interés legítimo que pueda verse afectado por los actos de ejecución a comparecer y actuar en el procedimiento, aunque no hubieran sido parte en el proceso principal”* y que, por tanto *“no son admisibles lecturas restrictivas de la intervención”* de estos. Con ello, se modifica el art.698 LEC a través de la Ley 19/2015 de 13 de julio, para incluir un apartado quinto que dispone que *“será necesario, para que pueda despacharse ejecución por la cantidad que falta y contra quienes proceda, que se les haya notificado la demanda ejecutiva inicial”*. De esta manera, GALICAIXA debe solicitar que se notifique a los fiadores del inicio de la ejecución hipotecaria, cuando

---

<sup>179</sup> STS 44/2006 de 25 de enero: *“el banco acreedor (...) acudió inicialmente al proceso ejecutivo común prescindiendo de la vía más privilegiada (...) sin duda porque entendió que el valor del bien hipotecado (...) no sería suficiente para cubrir su crédito (...) y resultaba necesario para la mejor satisfacción de su derecho (...) al tiempo que extendía la ejecución a otras personas distintas del deudor principal (...) pero lo que carece de justificación (...) es que (...) luego de obtener sentencia de ejecución (...) iniciara la vía privilegiada (...) que no le reportaba mayor garantía para la ejecución de su crédito (...). Es esta situación (...) la que representa un uso abusivo del derecho en cuanto significa un uso caprichoso de los cauces procesales”*

<sup>180</sup> V.gr. AAP Barcelona 8 de junio de 2012: *“no se puede estimar extensivamente la condición de deudor al fiador solidario, pues ello supondría una interpretación extensiva del concepto, aunque se trate de una fianza solidaria y no goce de beneficio de excusión”*; AAP Barcelona de 26 de marzo de 2012: *“lo que se ejercita es una acción real hipotecaria y no una acción personal de reclamación de cantidad, por lo que no están legitimados pasivamente los avalistas”*. A esta afirmación se suma la AAP Barcelona del 30 enero de 2012, cuando, respecto a la acumulación indica, referenciando el art. 555.4 LEC, que cuando la ejecución se dirija contra bienes especialmente hipotecados, solo podrá acordarse la acumulación de otros procesos cuando estos se sigan para hacer efectivas otras garantías sobre los mismos bienes.

<sup>181</sup> Interpretando la norma según el sentido de sus palabras, el contexto y la realidad social (art. 3 CC) se sitúa, entre otros, el AAP Santa Cruz de Tenerife de 28 de septiembre de 2011 (que acepta la ejecución contra el deudor, al apartado del art. 579 LEC, pero indicando la ejecución subsidiaria frente a los fiadores en caso de que la ejecución hipotecaria fuese insuficiente) y el AAP Sevilla de 27 de octubre de 2010 (que indica que el procedimiento de ejecución hipotecaria es un procedimiento de ejecución dineraria basado en un título extrajudicial). Junto a ellos, se encuentra la RDGRN de 7 de marzo de 2013, que aclara que deben *“ser tratados los deudores no hipotecantes de forma equivalente a la de fiadores solidarios”*.

presente la demanda, la cual deberá acompañar de su título de crédito, los demás documentos que se exigen en el art. 550 LEC, la inscripción de la garantía en el RP y la certificación de dominios y cargas (art. 688 LEC). Veinte días después de que se haya notificado a las partes y cumplido los trámites, se procede a la subasta de la finca hipotecada<sup>182</sup>. Si del resultado de la misma surge un valor suficiente para cubrir el crédito, se salda la obligación y se extinguen las fianzas. En caso contrario, GALICAIXA debería dirigirse a ROYAL PROMOCIONES y los fiadores, continuándose la ejecución por la vía ordinaria (art. 579.1 LEC). Si pagan estos últimos, se subrogarán en la posición de la acreedora como explicamos anteriormente. En cuanto a la viabilidad de este cauce, sería el más recomendable, en caso de que GALICAIXA conociese desde un inicio que el valor de la garantía cubre su crédito, por ser el menos dilatado en el tiempo.

#### **IV.1.2.4. Declaración de la deudora en concurso de acreedores con carácter posterior al ejercicio de las acciones contempladas**

En el supuesto de que ROYAL PROMOCIONES fuese declarada en concurso de acreedores luego de que GALICAIXA hubiese ejercitado cualquiera de las dos acciones anteriores, cabe indicar que el art. 56.2 LC establece que aquellas acciones ejercitadas por acreedores con garantía real que se hubiesen iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, si no hubiesen sido suspendidas por la puesta en marcha de la comunicación de negociaciones y efectos del art. 5bis LC –que, como indicamos anteriormente, no procede en esta situación–, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho, serán suspendidas y sólo se alzarán cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso sobre la necesidad o no del bien objeto de garantía para la continuidad del negocio. Respecto a la resolución de la misma, continuarían los trámites procesales de la manera expuesta en la Cuestión IV.1.1 de este trabajo. Aun así, la administración concursal podrá otorgarle a GALICAIXA la posibilidad de optar por atender el pago de su crédito con cargo a la masa –las cantidades vencidas le serían abonadas, en caso de existir masa activa, inmediatamente y las no vencidas se asumirían como tal a futuro, no excediendo del valor del bien objeto de garantía–, renunciando a la realización del bien garantizado (art. 155.2 LC). Cabe puntualizar a lo anteriormente expuesto que, en caso de que el bien garantizado fuese considerado como bien necesario para la actividad de ROYAL PROMOCIONES será competente para conocer de su ejecución el JPI nº2-Mercantil de Lugo (el juez del concurso, art.57.3 LC), acumulándose en el procedimiento concursal la ejecución del bien como pieza separada y siguiendo las normas de la LEC. Si, por el contrario, el bien fuese considerado como no necesario para la actividad, seguirá conociendo de su ejecución el JPI de Ribeira<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup>El tercer poseedor, cuando se proceda a ejecutar el bien, podrá pedir que se le exhiban los autos de la oficina judicial y, tanto él como la deudora podrán liberar el bien satisfaciendo lo que se deba por principal, intereses y costas (arts. 662 LEC). El valor del bien en subasta, que deberá especificarse en la escritura de hipoteca, no podrá ser inferior al 75% de la tasación que de él se hizo para el préstamo. Si al celebrarse la subasta concurren postores y ofrecen el 70% del valor del bien o más, se aprueba el remate, si se ofrece menos de esa cantidad, se da un plazo de 10 días para que la deudora presente a un tercero que realice una oferta, aceptándose inferior al 70% si es suficiente para atender la deuda. Si no se presentan ofertas, podría solicitar la adjudicación el ejecutante por el 70% del valor, o por la cantidad debida en total (siempre que sea superior al 60% de su valor de tasación y a la mejor postura), pero si esto no ocurre, el remate irá al mejor postor si supera el 50% del valor de tasación o si, siendo inferior, cubre la cantidad a ejecutar. En caso de no concurrir postores, el acreedor puede solicitar en veinte días la adjudicación del bien por el 50% del valor de subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos (arts. 670 y 671 LEC). Cuando se produzca la adjudicación del bien, podrá solicitarse, igualmente, la cancelación de las cargas (art. 674 CC).

<sup>183</sup> AAP Barcelona (Sección 15ª) de 22 de septiembre de 2010 (FJ 2º): “*Se plantea (...) la competencia objetiva para conocer y sustanciar un procedimiento de ejecución hipotecaria con respecto a fincas propiedad de la deudora declarada en concurso (...) que no están afectas a dicha actividad (...). En tanto no recaiga una resolución con pronunciamiento de afección la competencia objetiva para conocer de la ejecución hipotecaria corresponde al Juzgado de Primera Instancia*” (y no al Juzgado de lo Mercantil).

#### IV.1.3. Posibilidades de oposición de los fiadores y la deudora a la ejecución hipotecaria

En cuanto a las posibilidades de oposición de los fiadores y la deudora ante el procedimiento de ejecución ordinaria, “*contra el auto (...) no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado*” (art. 551.4 LEC). Ambos ejecutados pueden oponerse debido a motivos procesales –falta de legitimación procesal, falta de capacidad o representación del demandante o por falta de cumplimiento de los requisitos legales del título ejecutivo (comunes a los títulos judiciales y extrajudiciales, art. 559 LEC) – o motivos de fondo relativos a los títulos no judiciales ni arbitrales –que se acredite el pago, la compensación del crédito, quita, espera o promesa de no pedir, la prescripción o caducidad, o que el título contenga cláusulas abusivas (arts. 557 y 558 LEC) –. Respecto a la última de estas oposiciones de fondo, cabría valorar la posibilidad de oposición, por parte de los fiadores personas físicas, respecto a las cláusulas analizadas en la *Cuestión I* que recogen tal carácter. Si la oposición se considera procedente, se deja sin efecto la ejecución y se mandarían alzar los embargos y las medidas de garantía que se hubiesen adoptado (Art. 561.1, 3º y 4º LEC), si no, se sigue adelante con la ejecución.

En lo relativo a la ejecución hipotecaria (art. 695 LEC), con posibilidades más restringidas, en cuanto a los motivos que en nuestro supuesto atañen, solo se admitiría la oposición de los ejecutados por certificación de la extinción de la garantía u obligación garantizada (1º) y por acreditación del carácter abusivo de una cláusula contractual que fundamente la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible (4º). Una vez formulada la oposición, el LAJ suspende la ejecución y convoca a las partes a comparecer ante el JPI-Mercantil<sup>184</sup> de Lugo o JPI Ribeira (el que conozca de la ejecución según el caso), luego si estima el carácter abusivo de las cláusulas que fundamente tal ejecución, sobreseerá la misma y, en caso de no ser fundamental, se continuará la ejecución sin la aplicación de tal cláusula abusiva. Contra ese auto, GALICAIXA podría interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Lugo o A Coruña (sección 6ª-Santiago de Compostela), según corresponda (art. 695.4 LEC).

Cabe aclarar que, reciente jurisprudencia<sup>185</sup>, considera la cláusula de fianza solidaria abusiva –por impedir el ejercicio de los derechos de excusión, división y orden, sin posibilidad de negociación o explicación previa– en el caso de que la presten consumidores. Ahora bien, como indicamos en la *Cuestión I*, aquí no estamos ante una cláusula y, por tanto, condición general de la contratación, sino que la fianza se recoge como un contrato diferenciado y negociado, que complementa al principal, no cabiendo, por tanto y previsiblemente apreciar esta oposición en nuestro supuesto.

---

<sup>184</sup> Igualmente, el juez del concurso también podría conocer de oficio sobre la abusividad de las mismas cuando el acreedor comunique su crédito al concurso, vid. STJUE del 21 de abril de 2016 (asunto *Radlinger and Radlingerova*).

<sup>185</sup> V.gr. SJPI nº5 Palma de Mallorca de 15 de enero de 2018, SAP Barcelona (Sección 4) de 5 de abril de 2018, SJPI nº11 Bilbao de 5 de abril (nº433/2018), en aplicación del art. 10 bis 14º LGDCU. Cabe apreciar que, respecto a la SJM de San Sebastián de 30 de septiembre de 2014, parte de la doctrina (LYCZKOWSKA, 2014, pp. 1-2), aclara que “*no significa que la protección de los consumidores imponga que el principio de autonomía de la voluntad deje de operar por completo cuando una de las partes es consumidor*”, es decir, la abusividad no radica en que el consumidor renuncie a estos derechos, pues el aval solidario existe en nuestro ordenamiento, sino en que lo haga sin conocer la trascendencia que tal acción supondría para sí mismo.

## V. Determine la posible responsabilidad en la que pueda haber incurrido la administradora de ROYAL PROMOCIONES, S.L. y, en su caso, la cobertura del seguro de D&O.

### V.1. Responsabilidad –fuera del concurso- del órgano de administración por posible incumplimiento de los deberes del cargo.

Los miembros del órgano de administración (de hecho y derecho<sup>186</sup>, siendo en este caso unipersonal) de una sociedad, en tanto que “constituyen el instrumento a través del cual la misma manifiesta externamente su voluntad social y desenvuelve sus actividades”<sup>187</sup>, responderán solidariamente (art. 237 LSC) ante la misma, ante sus socios y sus acreedores sociales por el daño que causen a través de sus actos y omisiones, dolosos o culpables, siempre que estos sean contrarios a la ley, los estatutos sociales o los deberes inherentes al desempeño de su cargo (art. 236 LSC). Respecto a esta última responsabilidad de ámbito interno, la normativa hace referencia al deber general de actuar con la *diligencia de un ordenado empresario* –como modelo de conducta<sup>188</sup> al desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos, teniendo en cuenta su naturaleza y funciones, adoptando medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad y debiendo informarse adecuadamente para su cumplimiento (art. 225 LSC), protegiendo la discrecionalidad empresarial a través de actuaciones de buena fe y sin interés personal en las decisiones (art. 226 LSC)– y el deber de lealtad *de un fiel representante* –obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad, guardando secreto de las informaciones a las que haya tenido acceso y evitando situaciones de conflicto de intereses (arts. 227 a 229 LSC), a lo que se suma el deber de tener en cuenta los intereses de los acreedores<sup>189</sup>. De conformidad con estos presupuestos, Aurelia, que afirma haber actuado conforme a ello, en ningún caso respondería por los daños derivados del riesgo inherente a la actividad empresarial, siempre y cuando las medidas tomadas (enajenación de activos de manera apresurada en vez de solicitar el concurso o liquidar la sociedad) hayan sido las precisas y necesarias para solucionar las deficiencias que sufría el negocio<sup>190</sup> (insolvencia y desajuste patrimonial) y, en todo caso, si las ha realizado informándose adecuada y necesariamente sobre sus consecuencias e implicaciones y atendiendo debidamente el cumplimiento normativo de la acción, lo que, claramente, no ha hecho<sup>191</sup>. Respecto a si los actos se han realizado lealmente y en interés del negocio, no conocemos si los adquirentes del activo son personas vinculadas a la

<sup>186</sup> Así lo indica el art. 236.3 LSC (junto a otras normativas: art. 31 CP, 43.1. b LGT y art. 164.1 LC), como corrobora numerosa jurisprudencia del TS (v.gr. SSTS 721/2012 de 4 de diciembre, 421/2015 de 22 de julio) y resoluciones de la DGRN (v.gr RDGRN del 24 de junio de 1968). En este caso, Aurelia, administradora única, lo sería de derecho en tanto que ha sido nombrada conforme a los arts. 214-215 LSC, aparece en el RM como tal y no se nos indica que haya caducado su cargo, siendo indefinido, salvo pacto estatutario en contrario, en las Sociedades Limitadas (art. 221.1 LSC).

<sup>187</sup> RDGRN de 18 de Julio de 2012 “no puede afirmarse que exista un supuesto de actuación alieno nomine, sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecido”

<sup>188</sup> Cfr. LLEBOT MAJÓ, 2016, pp. 27

<sup>189</sup> Como se recoge en el art. 19 de la nueva Directiva UE 2019/1023 (todavía no traspuesta): “en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomen debidamente en cuenta (...) los intereses de los acreedores, la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia y (...) una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa”. Respecto a ella, indica EMPARANZA SOBEJANO (2019, pp. 9-10), que mientras no se transponga y concrete la disposición, sería conveniente que los administradores fueran “ágiles” en la toma de decisiones, pero no “temerarios”, es decir, tomando decisiones imprudentes o perjudiciales para la sociedad.

<sup>190</sup> STS 223/2019, 29 de enero: “La responsabilidad se liga, no directamente al incumplimiento de la sociedad, sino al incumplimiento de los deberes de diligencia del administrador”.

<sup>191</sup> De haberse informado previamente, o haber establecido un programa de *compliance empresarial* (en el AJCI de 11 mayo 2017 (FJ 5º), se indica que estos son adecuados para exigir al personal el cumplimiento de la normativa), habría actuado conforme a las medidas que la legislación recoge para una empresa en situación de insolvencia: solicitar el concurso de acreedores y no enajenar apresuradamente los activos sociales.

administradora o si tendría ella la posibilidad de sacar rédito personal de tales operaciones (art. 229.1a y 229.2 LSC) <sup>192</sup>. En caso afirmativo, también respondería debiendo indemnizar el daño causado y devolviendo el enriquecimiento injusto obtenido (art. 227 LSC).

## **V.2. Responsabilidad del órgano de administración derivada del incumplimiento de la ley en el ámbito del concurso de acreedores de ROYAL PROMOCIONES S.L. Especial referencia a la responsabilidad de carácter penal.**

Como hemos explicado en la *Cuestión IV*, ROYAL PROMOCIONES se encuentra en estado de insolvencia y desajuste patrimonial sostenido en el tiempo, lo que nos lleva a la posibilidad de que Aurelia, con cargo de administradora única vigente<sup>193</sup>, responda *solidariamente de las obligaciones sociales posteriores* (presumiéndose todas de este carácter salvo prueba en contrario) *al acaecimiento de la causa legal de disolución* en caso de haber incumplido *la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte acuerdo de disolución*, o si, de no celebrarse esta o ser el acuerdo contrario a ello, no haber solicitado la disolución judicial o *el concurso de la sociedad* en el mismo plazo (art. 367 LSC). No obstante, este incumplimiento trae acarreado, en este caso, la previa elusión del deber de convocar la Junta General para que adopte las medidas que sean adecuadas en los casos en los que el PNM quede reducido a menos de la mitad del CS (art. 363.1.e LSC). Responderá, por tanto, al no haber cumplido tales obligaciones, presumiéndose su culpabilidad al tratarse del incumplimiento de una disposición normativa, salvo prueba en contrario (art. 236.1. *in fine* LSC).

Comoquiera que ROYAL PROMOCIONES se encontrará previsiblemente incurso en un procedimiento concursal, lo que implica que tal responsabilidad se materialice bajo las premisas del concurso culpable en los arts. 172.bis y 172.3 LC<sup>194</sup>, pudiendo el juez del concurso condenar a Aurelia a *la cobertura, total o parcial, del déficit concursal*, en la medida en que su conducta haya generado o agravado tal insolvencia, así como proceder a su inhabilitación y a la pérdida de cualquier derecho que como acreedora pueda tener o contra la masa. Con ello, se asume la culpabilidad del concurso conforme al art. 164 LC al mediar la presunción de dolo o culpa grave por parte de la administradora (art. 165.1 LC), no solamente por el hecho de no cumplir las exigencias relacionadas con el estado de insolvencia<sup>195</sup>, sino por haber agravado dicha situación a través de sus actos poco diligentes, cabiendo valorar la posibilidad de la existencia de un alzamiento de bienes en perjuicio de sus acreedores y la salida fraudulenta de activos de su patrimonio durante los dos años anteriores a la declaración del concurso (art. 164.2.4º y 5º LC). Aclara la diferencia entre ambos el TS<sup>196</sup>, indicando que en el apartado quinto, al hablar de “*fraude*”, “*no es precisa la existencia de un animus nocendi (propósito de perjudicar, propio del alzamiento de bienes) y sí únicamente la “scientia fraudis”, esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio*”, aunque ambas hacen referencia al fuero interno del deudor, siendo

---

<sup>192</sup> V.gr. STS 220/2016 de 15 de marzo “*la conducta consistente en despatrimonializar la sociedad a través de cesiones, ventas, compras (...) que dejó a la sociedad sin activos, pasando finalmente parte del activo de aquella a la empresa del propio administrador o gestionadas por él. Se trata (...) de una conducta (...) que constituye una infracción grave del deber de diligencia en la gestión (...)*”.

<sup>193</sup> V.gr. STS 144/2017 de 1 de marzo, indica que el administrador será responsable solidariamente “*por las obligaciones sociales existentes estando vigente su cargo (...) no las nacidas con posterioridad a que el cargo haya cesado*”

<sup>194</sup> Siempre y cuando la calificación se origine como consecuencia de la fase de liquidación

<sup>195</sup> V.gr. SSTS 114/2017 de 1 de marzo y 736/2013 de 3 de diciembre (concurso culpable por no haber convocado junta para la disolución), 269/ 2016 de 22 de abril y 590/2013 de 15 octubre (concurso culpable por no haber solicitado la declaración de concurso).

<sup>196</sup> STS 174/2014 de 27 de marzo.

complicada su prueba y, por tanto, diferenciación en la práctica<sup>197</sup>. En nuestro caso, es menester indicar que respecto a la liquidación apresurada del activo de ROYAL PROMOCIONES realizada hasta el año 2017, en un primer momento, a pesar de que Aurelia afirma no actuar con *animus nocendi*, el bien objeto de garantía (finca sita en Ribeira) se encuentra sujeto por una cláusula de prohibición de disposición (analizada en la Cuestión I de este trabajo) que, pese a no tener *eficacia erga omnes*, sí la tiene *inter partes*, lo que nos permite confirmar que Aurelia era concedora de no poder disponer del mismo a pesar de haberlo hecho, por tanto sí se daría este ánimo de perjudicar a GALICAIXA, respecto de ese bien.

Si se encuadrara tal acción en el tipo delictivo del art. 257.1.2º CP –alzamiento de bienes para impedir un procedimiento ejecutivo previsible<sup>198</sup>–, Aurelia podría ser castigada con penas de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses –teniendo en cuenta que el terreno fue adquirido por la sociedad por 420.000,00€, si su valor de mercado actual fuera superior a 50.000,00€, cabría aplicarlas en su mitad superior (art.257.4 CP)–, siendo indiferente para su persecución en vía penal la iniciación del procedimiento concursal (art. 257.4 CP). En igual situación procesal se encontraría la posible aplicación del art. 259.1.3º CP –insolvencia punible –, respecto al resto de activos enajenados con carácter previo, al tratarse de *ventas por precio inferior a su coste y que, en las circunstancias del caso, carezca de justificación económica*<sup>199</sup>, siendo aplicable, como ocurre con estos bienes, aunque no exista dolo, pues al haberse cometido por imprudencia (derivada de una falta de diligencia en los negocios<sup>200</sup>), se impondría a Aurelia una pena de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 12 a 24 meses.

### **V.3. Cobertura del Seguro de responsabilidad civil de Directivos y Administradores (*Directors and Officers Liability Insurance: “D y O”*).**

*El asegurador, en este caso ALIENS, se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por el asegurado, en este caso Aurelia*<sup>201</sup>, *por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea esta civilmente responsable, conforme a derecho* (art. 73 LCS). Cabe apreciar que, salvo pacto en contrario, también *serán de cuenta del asegurador los gastos de defensa que se originen* (art. 74 LCS)<sup>202</sup>. Como muestran estos preceptos, es necesario que las partes concreten las estipulaciones precisas que delimiten el siniestro y su cobertura positiva y

---

<sup>197</sup> Algunos tribunales los han aplicado alternativamente (SAP Madrid de 8 de mayo de 2009), otros califican el alzamiento de bienes como *enajenaciones carentes de justificación*, excluyéndolas de su consideración como actos de disposición fraudulenta (SJM Madrid 29 enero 2015)

<sup>198</sup> Perfectamente viable en este caso al cumplirse los presupuestos del tipo: existir una obligación previa entre GALICAIXA y ROYAL PROMOCIONES, y haber dispuesto patrimonialmente del bien objeto de garantía la administradora (en virtud del art. 31 CP) a sabiendas de que ello causaría un perjuicio en el derecho de cobro de la acreedora (que constaba en la cláusula recogida en escritura pública), pues la insolvencia de la deudora podría perjudicar el cobro (respecto a la necesaria insolvencia así lo indica la STS 163/2006 de 10 de febrero).

<sup>199</sup> Tal justificación económica debe ser valorada por el juez que conozca del caso, pero cabe apreciar que la insolvencia o la falta de cumplimiento de las obligaciones exigibles y necesidad de liquidez no justifica tales circunstancias, pues ya es un elemento exigible del propio tipo (art. 259.4), no pudiendo entenderse justificado tampoco en este caso, al existir otras vías legales perfectamente cognoscibles por la deudora para buscar solución a tal problema (v.gr. solicitar el concurso).

<sup>200</sup> Cfr. GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., 2016, pp. 386

<sup>201</sup> En calidad de administradora de ROYAL PROMOCIONES, como se indica en el contrato suscrito, y siendo esta última la tomadora del seguro y, por tanto, la que *“asuma las obligaciones y deberes que deriven del contrato, salvo los que por naturaleza deba cumplir el asegurado”* (art. 7 LCS)

<sup>202</sup> Respecto a esto la SAP Madrid de 11 de noviembre de 2011 indica que para *“resolver si lo contratado fue un seguro de responsabilidad de administradores en el que se incluía la asistencia jurídica de los asegurados (...) se exige concretar el contenido de la póliza suscrita (...), el objeto, coberturas, exclusiones (...)”*

negativamente<sup>203</sup> (párrafo II art. 73 LCS, a través de las denominadas cláusulas de limitación de cobertura y las cláusulas limitativas). En nuestro supuesto únicamente conocemos la cobertura de “*las reclamaciones que pudieran presentarse por responsabilidad civil contra la administradora, por actos de gestión incorrectos que hubiere podido cometer*” siendo estos “*acciones u omisiones involuntarias o negligentes, no dolosas ni gravemente culpables, cometidas en la gestión de los intereses sociales*”. De esta redacción extraemos dos exclusiones: la responsabilidad de naturaleza no civil (por lo que la responsabilidad derivada de la comisión de cualquier delito o infracción administrativa no estaría cubierta<sup>204</sup>) y la derivada de actos dolosos o gravemente culpables<sup>205</sup>. Por tanto, ya que no conocemos de otra exclusión expresa, dentro de la cobertura deberían entenderse incluidos, tanto los supuestos derivados de los arts. 236-241 LCS (en nuestro caso, los derivados de la falta de diligencia como deber del cargo), los del art. 367 LCS (responsabilidad por deudas)<sup>206</sup>, como la responsabilidad concursal fruto de la calificación culpable del concurso de la tomadora (art. 172.bis LC)<sup>207</sup>, siempre y cuando se produzca el siniestro, y lo haga dentro de la delimitación temporal de la cobertura del contrato, debiendo notificarse a la aseguradora (art. 16 LCS). Aunque, como ya hemos indicado, a través de cláusulas limitativas es posible desplazar temporalmente la cobertura fuera del periodo de vigencia del contrato, hacia el momento de reclamación del perjudicado<sup>208</sup>.

En la póliza suscrita entre ALIENS y ROYAL PROMOCIONES se informa que la vigencia del seguro abarca desde el 11 de noviembre de 2006 al mismo día del año 2017 (conforme al art. 22 LCS, pues no se aclara que se prorrogue), periodo que cubre los actos generadores de insolvencia realizados hasta el año 2017 que hayan podido dar lugar a responsabilidad por infracción del deber de diligencia de Aurelia, y causar el deber de solicitar el concurso de acreedores, aunque no se contemple la fecha de inicio en el supuesto, presumiéndose posterior. No obstante, el fragmento de contrato que se nos muestra no recoge ninguna cláusula de cobertura posterior, por tanto, aunque la insolvencia causante de responsabilidad haya sido generada en el periodo de cobertura del seguro, al no pactarse la extensión hacia el momento de reclamación, la aseguradora no tendría que hacer frente a esa responsabilidad. Si, por el contrario, la cláusula se hubiera introducido en el contrato, sería necesario determinar el momento de reclamación del perjudicado, que en el ámbito del concurso de acreedores cuenta con peculiaridades puesto que, para parte de la doctrina<sup>209</sup> coincide con *la apertura de la fase de liquidación y la formación de la sección de calificación*, mientras que para otro segmento doctrinal<sup>210</sup>,

---

<sup>203</sup> El riesgo que se cubre, y los hechos que se excluyen de tal cobertura, siempre y cuando se enuncien de manera clara y precisa (art. 3 LCS), no siendo objeto de delimitaciones sorpresivas ni limitativas de derechos para el tomador, siendo en ese caso necesaria su aceptación expresa (STS 58/2019 de 29 de enero).

<sup>204</sup> En ese sentido, el AJCI del 11 de enero de 2016, deja fuera de la cobertura del seguro el delito de administración desleal (que ya no se recoge en el CP) por ser doloso.

<sup>205</sup> Esta exclusión se recoge, igualmente, de manera expresa en la normativa, al indicar que en caso de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado, ALIENS no estaría obligada al pago de la prestación (art. 19 LCS)

<sup>206</sup> Bien aumentando la cobertura al momento de la posterior reclamación por un periodo no inferior a un año desde la terminación del contrato, o bien cuando la reclamación se realice durante la vigencia de la póliza pero el siniestro se haya producido con, al menos, un año de anterioridad a la misma (art. 73 párrafo II). Ambos requisitos no son acumulativos, como indica la STS 252/2018 de 26 de abril.

<sup>207</sup> Exclusivamente cuando se haya entendido que esta deriva de actos no dolosos. En nuestro caso, siguiendo lo estudiado en el apartado anterior, si el juez aprecia un alzamiento de bienes respecto al bien objeto de garantía, la responsabilidad concursal no se incluiría por derivar de un acto doloso (art. 164.2 LC). Si se declarase concurso culpable únicamente por haberse incumplido el deber de solicitar el concurso en o la disolución por deudas (art. 165.1 LC), sí lo cubriría el seguro al no mediar dolo en la actuación, aunque se cumpliera el tipo imprudente de insolvencias punibles.

<sup>208</sup> Se produzca la reclamación de manera retroactiva (al menos, de un año) o con carácter posterior a esas fechas (por un periodo no inferior al año tras la terminación del contrato), conforme al citado art. 73 LCS.

<sup>209</sup> Cfr. IRIBARREN BLANCO, 2006, p.14

<sup>210</sup> Cfr. RONZERO SÁNCHEZ, 2005, p. 28

lo hace con la fecha de la reclamación que los acreedores sociales realizarán a los administradores. Si tal hecho quedase comprendido en el ámbito temporal recogido en la cláusula, el seguro cubriría el siniestro, siempre y cuando la tomadora haya cumplido con las obligaciones propias del contrato, como pagar la prima correspondiente.

#### **V.4. Tratamiento procesal del resarcimiento del daño producido, peculiaridades en el caso de la declaración de la deudora en concurso de acreedores y oposiciones por parte de la administradora societaria.**

Los arts. 50.2 y 51.1.bis LC regulan la no admisión a trámite de las demandas en ejercicio de acciones de reclamación contra los administradores que *hubieran incumplido sus deberes en caso de concurrencia de causa de disolución* presentadas después de la declaración del concurso, y la suspensión de las que ya estuvieran iniciadas en tal momento. No obstante, aclara la jurisprudencia<sup>211</sup>, que tal exposición solo opera para las reclamaciones interpuestas por los acreedores de la concursada, no para aquellas ejercidas por la sociedad, los socios o por un tercero. Por esa razón, respecto a las primeras, su resarcimiento se producirá una vez se concluya la sección de calificación del concurso como culpable y se genere responsabilidad para Aurelia, encontrándose facultado el administrador concursal para solicitar la ejecución de la condena (art. 33.1.a 7º LC), bien contra ella misma –si el seguro suscrito con ALIENS no cubriera tal responsabilidad–, bien contra ALIENS –si el seguro sí cubriera tal responsabilidad–, en ejercicio de la acción directa, sin perjuicio de que esta luego repitiese contra Aurelia si la conducta generadora de la responsabilidad se declarase dolosa (art.76 LCS). Las cantidades obtenidas en ejecución de tal sentencia se integrarán en la masa activa del concurso (art. 172.bis.3 LC).

Si por su parte, ROYAL PROMOCIONES se propusiese exigir responsabilidades a Aurelia por su infracción del deber de diligencia (art. 225 LSC)<sup>212</sup>, debería solicitar a la administración concursal (art. 54.1 LC) el ejercicio de la acción social de responsabilidad (art. 238 LSC)<sup>213</sup>, siendo competente para conocer de la misma el juzgado del concurso, por ser el JM del domicilio del demandado (art. 86 ter.2a LOPJ), procediendo para su ejercicio contra Aurelia o ALIENS en función de lo ya indicado anteriormente. Por otra parte, si se apreciase responsabilidad penal, bien por alzamiento de bienes o por insolvencias punibles, como indicamos anteriormente, ambos podrán perseguirse en vía penal sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de su continuación (arts. 257.5 y 259.5 CP), reintegrándose en la masa el importe obtenido de su resarcimiento (art. 259.5 CP). Cabe aclarar que, en este caso, no procedería la acción directa contra ALIENS al exceder la reclamación del ámbito propio de la responsabilidad civil.

Aurelia, por lo que a su defensa respecta, podría oponerse a la calificación del concurso como culpable (art. 171 LC, siguiendo lo establecido en la Cuestión IV.1.3 de este trabajo), tramitándose mediante un incidente concursal. Si su resolución siguiese siendo condenatoria podría interponer recurso de apelación ante la AP de Lugo (art. 197.4 LC).

---

<sup>211</sup> En ese sentido, STS 5186/2013 de 15 de octubre, y SAP Alicante 23 de octubre de 2013: “*el art. 51.1.bis solo afecta a la responsabilidad por deudas (...) Se ha condenado también (...) en el ejercicio de la acción individual por daños, acción a la que no afecta la suspensión legal*”.

<sup>212</sup> Indica la STS 110/2004, de 23 de febrero que “*su cumplimiento sólo es exigible por la propia sociedad*” en tanto que “*integra el contenido del contrato de administración*”

<sup>213</sup> Siempre que no transcurran 4 años y se cumplan los requisitos, enunciados, entre otras, por la STS 221/2018 de 16 de abril: La existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores, que sea imputable a los mismos, que sea antijurídico conforme al art. 236 LSC, que la sociedad sufra un daño y que exista un nexo de causalidad entre la actuación y ese daño.

## **VI. Determine si es posible que la entidad financiera acreedora pueda ejercitar acciones de reintegración de negocios dispositivos realizado por ROYAL PROMOCIONES, S.L.**

### **VI.1. Requisitos para el ejercicio de las acciones de reintegración en el concurso de acreedores y ámbitos de aplicación.**

Partiendo de la base de la existencia de múltiples enajenaciones de activo por parte de ROYAL PROMOCIONES, de manera intermitente hasta el año 2017, y suponiendo su declaración en concurso de acreedores en el año 2018, el art. 71.1 LC indica que *serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*. No obstante, el ejercicio de esta acción de reintegración concursal *no impedirá el de otras acciones de impugnación* (art. 71.6 LC), refiriéndose como tal al régimen recogido para ello en el Derecho común: la acción pauliana y la subrogatoria (art. 1111 CC) y la declaración de nulidad o anulabilidad de los contratos previamente realizados. Consecuentemente, GALICAIXA podrá aplicar la que mejor se ajuste a su situación. La acción de reintegración concursal, por su parte, exige la realización de un perjuicio a la masa activa –(*eventus damni*<sup>214</sup>), que se presume *iuris et de iure e iuris tantum* en ciertos supuestos (art. 71.2 y 3 LC)– durante los dos años anteriores a la declaración del concurso, pero no su realización fraudulenta (*consilium fraudis*<sup>214</sup>). Respecto a las presunciones de perjuicio para la masa del concurso, cabe indicar que el art.71.4 LC conforma un *numerus apertus* al facilitar que el acreedor pruebe cualquier tipo de perjuicio, flexibilizando la aplicación de la acción. El siguiente apartado aclara que *los actos ordinarios de la actividad profesional y empresarial del deudor realizados en condiciones normales, en ningún caso serán objeto de rescisión*, lo que no aplica en nuestro supuesto, puesto que las enajenaciones son del *inmovilizado material* de la deudora, no de sus *existencias* ni de *productos terminados*, lo que indica una despatrimonialización de la compañía y no un ejercicio del objeto social, además de que se realizan a precio inferior al de mercado, no en condiciones normales. Por tanto, si GALICAIXA prueba el daño, podría acudir al ejercicio de esta acción para rescindir solamente los actos perjudiciales realizados hasta el año 2016.

Respecto a los actos realizados más allá del año 2016, cabe el ejercicio de la acción revocatoria pauliana<sup>215</sup> del art. 1111 CC, pero, únicamente, sobre los realizados hasta el año 2014 (art. 1299 CC, que contempla un plazo de caducidad de 4 años), siempre que se pruebe, ahora sí, la existencia de fraude (art. 1291.3º CC). El propio artículo 1111 CC recoge también la posibilidad de que la acreedora se subrogue a la hora de *ejercitar los derechos y acciones de la deudora*, con el fin de realizar lo que se le debe<sup>216</sup>. Ambas acciones del art. 1111 CC requieren que GALICAIXA haya perseguido previamente los bienes del deudor, aspecto que se entiende probado en el concurso debido a la necesaria insolvencia de la deudora (art. 2 LC). Aunque, en el ámbito del concurso de acreedores, la subrogatoria carece de sentido si la administración concursal ha sustituido a la

---

<sup>214</sup>La STS 562/2011 de 12 de julio define el primero como “*el perjuicio al acreedor, (...) que provoque tal disminución en el patrimonio del deudor, que el acreedor quede sin posibilidad de ver satisfecho su derecho de crédito; no es preciso que pruebe la insolvencia del deudor*” y el segundo, si ese acto se realiza “*en fraude del derecho de crédito de éste. Si el acto es gratuito, se presume (...) Si el acto es oneroso, como el préstamo hipotecario, no es precisa la intención de dañar (animus nocendi), sino que basta el conocimiento de ambas partes del perjuicio que causa al acreedor (scientia fraudis)*”.

<sup>215</sup> La doctrina del TS exige para su ejercicio “*la existencia de un crédito por parte del accionante contra el dueño de la cosa enajenada, la realización de un acto por virtud del cual salga este del patrimonio, el propósito defraudatorio y la ausencia de otro medio (...) para obtener la reparación del perjuicio*”

<sup>216</sup> La STS 1127/2002 de 19 de noviembre indica que “*su finalidad no es la de conseguir el cobro de forma directa de su crédito de la persona del deudor de su deudor, sino conseguir que lo debido a éste ingrese en su patrimonio*”

administradora en sus funciones de gestión, como es el caso, puesto que esta ya se presume diligente en sus actuaciones conforme al interés de la masa<sup>217</sup>.

Las dos acciones revocatorias citadas *tienen por objeto dejar sin efecto actos o contratos que originariamente fueron válidos*<sup>218</sup>. Sin embargo, cabría preguntarnos si la enajenación del bien objeto de garantía –fraudulenta<sup>219</sup>, como explicamos en la Cuestión V– en este caso, ha sido o no válida. Como es sabido, los contratos son nulos de pleno derecho siempre que adolezcan de alguno de sus elementos esenciales (art. 1261 CC: consentimiento, objeto y ausencia o ilicitud de causa), o violen alguna norma prohibitiva de orden público (art. 6.3 CC). Respecto a esto, declara el TS<sup>220</sup> que “*cuando existe una mera apariencia negocial porque las partes intentan encubrir con la celebración ficticia del negocio la persistencia de la situación anteriormente existente, de modo que tratándose de un negocio traslativo, no se produzca (ni haya propósito de que ello acontezca) la traslación patrimonial ni la realización de la contraprestación, nos encontramos ante una simulación absoluta*”. En nuestro caso resulta, cuanto menos, curioso, el hecho de que la deudora haya enajenado dicho bien antes del año 2017, pero que en julio de 2018 siga, no solo en posesión del mismo, sino continuando el proceso de construcción (se prueba a través de las facturas giradas por acreedores en dicha fecha). Además, el adquirente del bien en la compraventa (del cual desconocemos su condición de vinculado o no), que había pagado un precio irrisorio<sup>221</sup> por el bien, no ha ejercido ninguna acción de tutela posesoria, lo que nos lleva a pensar que acepta tal situación. Si esto es así, estaríamos ante una causa ilícita<sup>222</sup> (art. 1275 CC) generadora de la simulación absoluta. GALICAIXA podría, consecuentemente, solicitar el ejercicio de la acción de nulidad, de carácter imprescriptible.

## VI.2. Legitimación y procedimiento.

En cuanto a la legitimación activa, *el ejercicio de las acciones rescisorias en sede concursal y demás de impugnación, corresponderá a la administración concursal*, estando subsidiariamente legitimados para ejercerla los acreedores que las hubieren instado si esta no lo hiciera en los dos meses siguientes a requerirlo (art. 72.1 LC). El art. 1111 CC atribuye la solicitud de las acciones revocatoria y subrogatoria, a los acreedores. La acción de nulidad por simulación absoluta, por su parte, podrá solicitarse por todo aquel que ostente un interés legítimo en su ejercicio<sup>223</sup>. En cuanto a la legitimación pasiva, *las demandas de rescisión deberán dirigirse contra ROYAL PROMOCIONES, contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado* (los primeros adquirentes de los activos) y contra *el tercero* al cual estos hayan vuelto a transmitir (art. 72.3 LC), siempre que GALICAIXA pretendiere *desvirtuar su buena fe o atacar la protección derivada de la publicidad registral*<sup>224</sup>. Continúa el apartado cuarto del mismo precepto aclarando que

<sup>217</sup> Cfr. MAS-GUINDAL GARCÍA, 2013, pp. 27

<sup>218</sup> Así se indica en la STS 657/2005 de 19 de julio (FJ 2º)

<sup>219</sup> “*con el fin de sustraer del patrimonio de los demandados y con ello provocar la ineffectividad del crédito de la parte actora [...] al configurarse en una causa ilícita -"fraude creditoris"*”, como indica la STS 976/2006 de 16 octubre

<sup>220</sup> Vid. STS 575/2015 de 3 de noviembre

<sup>221</sup> La STS 64/2005 del 11 de febrero admite, como suficiente en la prueba de la existencia de “*causa simulandi*”: “*la relación de parentesco (...); precio irrisorio; carencia de prueba de pago del precio; falta de capacidad económica del adquirente, etc.*”

<sup>222</sup> Siendo, según la citada sentencia, esta “*la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico*” siempre que esté “*el propósito ilícito buscado por ambas partes (o buscado por una y conocido y aceptado por la otra) y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo*”

<sup>223</sup> Así lo indica la STS 285/2016 de 3 de mayo: “*no se hallan sujetas a las limitaciones que establece el artículo 1302 CC, pudiendo ser deducidas no solo por quienes han intervenido en el otorgamiento del contrato a que se refieren, sino, además, por quienes hayan podido resultar perjudicados*”

<sup>224</sup> Respecto al bien hipotecado conocemos que no existe tal adquirente porque la finca sigue en posesión de ROYAL PROMOCIONES y, en caso de haberlo, la inscripción en el RP de la garantía hipotecaria

todas ellas se *tramitarán por el cauce del incidente concursal*, como pieza separada dentro de la sección tercera del concurso (art. 183.3º LC). Igualmente, el TS<sup>225</sup> ha confirmado que la administración concursal, respecto al bien objeto de garantía, podrá interponer acumuladamente la acción de nulidad y, en caso de no apreciarse esta, la revocatoria de manera subsidiaria, en una misma demanda. Dicho esto, no está de más aclarar que, ya que el ejercicio de tales acciones debe acomodarse a las reglas procesales y de legitimación concursales, de manera que de este procedimiento conocería el juez del concurso<sup>226</sup> y que, contra la sentencia estimatoria de tal revocación o de la nulidad solo cabría recurso de apelación ante la AP de Lugo, pudiendo, en su caso y si concurriesen los motivos que contempla la LEC, interponerse recurso de casación o extraordinario por infracción procesal ante el TS.

### **VI.3. Efectos derivados de la posible rescisión.**

La sentencia estimatoria de la rescisión declarará *la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones de aquel, con sus frutos e intereses* (art. 73.1 LC). En el caso de la acción de rescisión concursal, esta reintegración no se producirá si el tercer adquirente del bien concreto *no hubiere sido demandado, hubiere procedido de buena fe, o gozase de irreivindicabilidad o protección registral*, lo que supondría que el primer adquirente que le haya transmitido el bien deba entregar a la masa del concurso *el valor que tuviera este cuando salió del patrimonio del deudor más el interés legal*. Si además de todo ello, actuase de mala fe, también se le condenará *a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa* (art. 73.2 LC). Producida la restitución, el demandado tiene derecho a que se le devuelva su contraprestación: si hubiese actuado de buena fe, se satisfará simultáneamente con cargo a la masa pero, si hubiese actuado de mala fe, se considerará crédito concursal subordinado. En cuanto a la acción pauliana o revocatoria, si el tercer adquirente lo es de buena fe, *no tendrá lugar la rescisión*, pero *podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión* (el deudor fraudulento y el primer adquirente), vía art. 1297 CC. Por el contrario, si hubiera adquirido de mala fe, el bien se reintegrará en la masa y *deberá indemnizar los daños y perjuicios* ocasionados si le fuese imposible restituirlo. El problema que reporta esta acción, es que en circunstancias extraconcursales, *tan solo puede ser ejercitada por un acreedor individual*, y, por tanto, solo beneficiaría a su crédito. En sede concursal, el TS aclaró que, a pesar de ello, bajo el principio *par conditio creditorum*, el bien objeto de la acción rescisoria debe ser reintegrado en la masa en interés del conjunto de la misma<sup>227</sup>.

Por lo que respecta al ejercicio de la acción de nulidad sobre la transmisión del bien objeto de garantía, sus efectos son de una nulidad *ipso iure (por virtud del Derecho, por determinación de la ley)*, *insubsanable y con efectos erga omnes*<sup>228</sup>, que dejaría sin efecto el negocio jurídico de transmisión y ordenaría la cancelación de las consecuentes inscripciones en el RP, debiendo las partes restituirse las prestaciones (art. 1307 CC).

---

destruiría cualquier tipo de protección que este tercero pueda tener contra la ejecución de tal bien. No obstante, no conocemos lo que ocurre respecto al resto de bienes enajenados, debiendo valorar ambas posibilidades.

<sup>225</sup> STS 575/2015 de 3 de noviembre: “*es admisible que el ejercicio de estas acciones se realice acumuladamente siendo lo habitual que se ejercite con carácter principal la acción de nulidad y, de forma subsidiaria (fundada en el art. 1294 CC), la acción rescisoria, para el caso de que no resultara suficientemente acreditada la concurrencia de los requisitos más estrictos exigidos en la acción de nulidad respecto de los exigidos en la acción rescisoria.*”

<sup>226</sup> Cfr. BUSTO LAGO, 2005, PP. 443

<sup>227</sup> En la STS 3009/2013 de 18 de abril : “*A esta interpretación nos conduce la disposición adicional primera de la Ley Concursal, según la cual <los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales (...) atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad> (...) por lo que los efectos de la rescisión afectarán hasta el montante del perjuicio ocasionado a dichos derechos, pero lo obtenido se destinará a reintegrar la masa del concurso, para evitar una alteración de la par conditio creditorum*”

<sup>228</sup> STS 575/2015 de 3 de noviembre.

## CONCLUSIONES

1ª. El examen sobre la validez y eficacia de las CGC incorporadas en contratos no negociados individualmente con sus adherentes, como el concertado entre ROYAL PROMOCIONES, S.L. y BANKYA, S.A., se realiza mediante tres controles: incorporación (aplicable a contratos con consumidores y entre empresarios), transparencia y contenido (aplicables solamente a las relaciones de consumo). Por ende, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente solo se apreciará en las relaciones con consumidores, sin perjuicio de que también puedan devenir nulas si se trata de relaciones contractuales entre empresarios y contravienen la buena fe, al tiempo que puedan no resultar vinculantes si no superan el control de incorporación. La condición de consumidor debe ser apreciada individualmente conforme a la posición de la parte contractual, la naturaleza del contrato y con independencia respecto de cualquier actividad económica no marginal. Al encontrarnos ante dos contratos distintos (préstamo y fianza), solo será predicable de los fiadores *no vinculados* a la actividad económica, Dña. Flavia y D. Sempronio, pues la prestataria es una sociedad mercantil. Esto supone la subsistencia del contrato de préstamo entre ROYAL PROMOCIONES, S.L. y BANKYA, S.A. y las fianzas otorgadas por no consumidores –Dña. Aurelia, Dña. Cornelia, Dña. Octavia, D. Ticio y D. Cayo –, aunque no las otorgadas por consumidores, al considerarse nulas de pleno derecho, en este caso, la limitación del interés al alza y a la baja, el interés aplicable de demora y la cesión, subsistiendo el contrato restante si la posición resultante es equitativa entre las partes.

2ª. La cláusula de cesión que incorpora el contrato de crédito a la promoción concertado entre ROYAL PROMOCIONES, S.L. y BANKYA, S.A. lo es del contrato y no del crédito. Sin embargo, la cesión efectiva realizada por BANKYA, S.A. a GALICAIXA, S.A., válida (al cumplir sus requisitos subjetivos, objetivos y formales, entre los que no se encuentra el consentimiento ni la notificación al deudor, por no ser este parte en el contrato) y eficaz (*erga omnes e inter partes*, al constar en escritura pública y RP), es del crédito y sus accesorios, no de contrato, pues cuando se ejecuta solo subsisten los derechos crediticios de BANKYA, S.A. No obstante, ROYAL PROMOCIONES, S.L., al no haber sido notificada, podría liberarse pagando lo debido a la acreedora primitiva.

3ª. GALICAIXA, S.A., podrá tomar por vencido anticipadamente el contrato de crédito si ROYAL PROMOCIONES, S.L. pierde el derecho al plazo, tal opción aparece pactada en escritura pública entre las partes y se cumplen las condiciones del art. 693.2 LEC (pacto válido no unilateral y transcurso de tres cuotas mensuales impagadas), como ocurre en el supuesto. Al producirse la intervención de consumidores como fiadores de la obligación crediticia (Dña. Flavia y D. Sempronio), es necesario acreditar, adicionalmente, si se *ha incumplido una obligación que revista un carácter esencial en la relación contractual*, si este ha sido lo *suficientemente grave* con respecto a la duración del préstamo, si constituye *una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia* y si *el Derecho nacional prevé medios adecuados que permitan al consumidor ponerle remedio* (STJUE asunto Aziz). Como se cumplen las condiciones el vencimiento anticipado, resulta válido y sus efectos serán idénticos para consumidores y empresarios, pudiendo continuarse con la ejecución de garantías siempre que ésta ya estuviere en curso.

4ª. Al encontrarse ROYAL PROMOCIONES, S.L. en situación de insolvencia (y posible liquidación), GALICAIXA, S.A. podrá satisfacer su derecho solicitando el concurso de acreedores de esta ante el JPI-Mercantil de Lugo (abreviado por cumplirse los requisitos) o notificando su derecho a la administración concursal si este ya se hubiera iniciado. La posición de la acreedora hipotecaria en el concurso es privilegiada procesal (siempre que, no tratándose de un bien necesario, se ejercite antes de la apertura de la fase de liquidación) y sustantivamente, aunque si el bien que se pretende ejecutar separadamente (mediante incidente concursal) se encuentra fuera del patrimonio de la deudora y es necesario solicitar el ejercicio de acciones de reintegración, el proceso se dilatará debido a la necesaria suspensión previo estudio de *necesidad* del mismo. De no

hallarse la deudora todavía en situación de concurso, la entidad crediticia también podrá acudir al ejercicio de una acción real hipotecaria contra el bien objeto de garantía, la finca sita en Ribeira, (mediante demanda de procedimiento judicial especial sumario ante el JPI de Ribeira, dirigida frente a deudora, y propietario del bien, notificando a los fiadores solidarios) y, subsidiariamente, si lo obtenido fuere insuficiente, una acción personal contra el patrimonio de deudora y fiadores (continuándose la ejecución por vía ordinaria). Si posteriormente se declarase el concurso, estas se verían paralizadas con el objeto de estudiar la *necesidad* del bien para la actividad de la concursada. Si no se entendiese *necesario*, se podrá proceder a su ejecución extranconcursumente. En caso contrario, se realizaría en sede concursal.

**5ª.** Dña Aurelia, en su condición de administradora societaria, responderá solidariamente por el incumplimiento de los deberes del cargo (al no haber actuado diligentemente, pudiendo ROYAL PROMOCIONES, S.L. solicitar a la administración concursal el ejercicio de la acción social de responsabilidad) y por sus actos contrarios a la ley (al no solicitar el concurso, la disolución, ni la reducción de CS), materializándose esta bajo las premisas del concurso culpable, al condenarse a la administradora a la cobertura del déficit concursal. Si hubiese incurrido en responsabilidad penal en cuanto a las enajenaciones de activos, por alzamiento de bienes o insolvencias punibles, esta será perseguible por vía penal. Por su parte, el seguro “D y O” tomado por ROYAL PROMOCIONES S.L, y contratado con ALIENS, S.A., únicamente cubriría la responsabilidad civil no dolosa ni gravemente culpable de Dña. Aurelia, si se incluyese en la póliza una cláusula *claim made* que desplazase su cobertura fuera de la vigencia del contrato, hacia el momento de reclamación.

**6ª.** GALICAIXA, S.A., podrá solicitar a la administración concursal el ejercicio de la acción de reintegración para restituir a la masa activa del concurso los activos transmitidos a terceros por ROYAL PROMOCIONES, S.L, sin haber mediado *consilium fraudis* pero sí habiendo causado un *eventus damni*, durante los dos años anteriores a la declaración del concurso, es decir, hasta el año 2016. Sin perjuicio de la viabilidad de las acciones de reintegración concursal, ésta no impide el ejercicio coetáneo de la acción pauliana para recuperar aquellos bienes o activos que han sido enajenados, mediando *consilium fraudis*, durante los cuatro años anteriores al momento en que se procede a ejercitar (es decir, hasta el año 2014), ni de la acción de nulidad (imprescriptible) respecto a la enajenación del bien objeto de garantía, si se considerase un contrato simulado absolutamente o fundamentado en una causa ilícita.

## BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A. (2018): “La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios”, *Revista Justicia y Derecho*, Universidad Autónoma de Chile, vol. 1, nº 1, pp. 15-34.

AGÜERO ORTIZ, A. (2018): “Las cláusulas de intereses, de gastos y vencimiento anticipado en el Proyecto de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario”, *El nuevo paradigma de la solvencia del consumidor de crédito en la Unión Europea*. J. M. BUSTO LAGO (coord.), Ed. Atelier, Barcelona.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) (2019): *Manual de Derecho Civil. Contratos*. Ed. Bercal, Madrid.

BLASCO GASCÓ, F. DE P. (2010): *El Pago de los Acreedores Concursales*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor.

BUSTO LAGO, J.M. (2005): “La formación de la masa activa del concurso: especial consideración de las acciones de reintegración” *Estudios de Derecho Concursal*. A.J. PÉREZ-CRUZ MARÍN (dir.), Ed. Tórculo, Santiago de Compostela.

BUSTO LAGO, J.M. (2010): “La protección del deudor en los créditos hipotecarios: Cláusulas de variabilidad del tipo de interés, redondeo, comisiones y gastos. Cobertura del riesgo del tipo de interés.”, *El consumidor ante la crisis económica: vivienda, mercado hipotecario y concurso (Actas de la reunión científica celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, 12 y 13 de noviembre de 2009)*, Servicio de Publicaciones de la UDC, pp.264-266.

CARRASCO PERERA, A. (2009): *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*. Ed. Civitas. Madrid.

DIAZ FRAILE, J.M. (2015): “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (5618/2015)”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina. Civil y Mercantil. Volumen 7*. M. YZQUIERDO TOLSADA (Coord.), Ed. Dykinson, Madrid. pp. 319-344

DIAZ FRAILE, J.M. (2019): “Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de marzo de 2019, sobre la abusividad de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios (de Modestino a Bauman, o del “derecho sólido” al “derecho líquido””, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Nº 2, 2019, pp. 520-574.

DIEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012): *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Ed. Tecnos, Madrid.

DIEZ-PICAZO, L. (1982): “Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores”, *la Reforma del Derecho de Quiebra: Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español*, Ed. Civitas, Madrid, pp. 293-320

FORTEA GORBE, J.L. (2019): “Problemática del crédito hipotecario en el concurso de acreedores”, *Revista Lex Mercatoria*, vol. 10, artículo 6, pp. 80-84.

GAYOSO ARIAS, R. (1918): *Nociones de Legislación Hipotecaria*, Vol. I. Cleto Vallinas; Madrid.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2016). “Comentario a los arts. 80 a 89 del TRLGDCU”, *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp.883-1139.

GUTIÉRREZ RODRIGUEZ, M. (2016). “La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles”, *La Responsabilidad de los Administradores de las sociedades mercantiles*, BELTRÁN E., ROJO A. (DIR.), CAMPUZANO A.B. (Coord.). Ed. Tirant lo Blanch, Madrid. pp. 359-413

- IRIBARREN BLANCO, M. (2006). “La extensión de la cobertura del seguro D&O a la responsabilidad concursal de los administradores por el déficit patrimonial de la sociedad”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº7., pp. 83-114
- LLEBOT MAJÓ, J.O. (2016). “Los deberes y la responsabilidad de los Administradores”, *La Responsabilidad de los Administradores de las sociedades mercantiles*, BELTRÁN E., ROJO A. (DIR.), CAMPUZANO A.B. (Coord.). Ed. Tirant lo Blanch, Madrid. pp. 23-54
- LYCZKOWSKA, K. (2014): “La abusiva declaración de abusividad de fianza solidaria en un préstamo hipotecario”. Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO).
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2014): «El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº9, pp.9-16.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). “Mecanismos para aumentar la protección del prestatario hipotecario: El papel de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y algunas novedades incluidas en el Proyecto de Ley de contratos de crédito inmobiliario”, *El nuevo paradigma de la solvencia del consumidor de crédito en la Unión Europea*. J.M. BUSTO LAGO (coord.), Ed. Atelier, Barcelona.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2019). “Cláusula suelo transparente porque el fiador (padre del prestatario) conocía la cláusula suelo y su trascendencia económica. Nota crítica a la STS de 12 de noviembre de 2019”. Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO).
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014): “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 133, pp. 295-344
- MAS-GUINDAL GARCÍA, J. (2013): “La compatibilidad de los distintos mecanismos de reintegración en el concurso” *Revista Digital Facultad de Derecho UNED*, nº6, pp. 33-65.
- MÚRTULA LAFUENTE, V. (2012): *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*. Ed. Reus, Madrid.
- PASCUAL BROTONS, C.C. (2015): *El fiador personal en la ejecución hipotecaria*. Ed. Reus, Madrid.
- RONCERO SÁNCHEZ, A. (2005): “El seguro de responsabilidad civil de los administradores” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, pp. 1-39
- VÁZQUEZ CUETO, J.C. (2016): *Disolución por pérdidas o solicitud de concurso voluntario. La alternativa legal en las sociedades de capital españolas*. *Revista de Derecho*, nº21, pp. 75-103

## **JURISPRUDENCIA**

### **Audiencias Provinciales**

- AAP Las Palmas 3/2006, del 12 de enero
- AAP Barcelona 56/2007, del 26 de febrero
- AAP Valladolid 933/2007, del 5 de noviembre
- SAP Málaga 15/2008, del 16 de enero
- AAP Barcelona 80/2009, del 17 de abril
- SAP Madrid 120/2009, del 8 de mayo
- AAP Zaragoza 112/2010, del 26 de febrero

AAP Barcelona 148/2010, de 22 de septiembre  
AAP Santa Cruz de Tenerife 111/2011, de 21 de septiembre  
AAP Santa Cruz de Tenerife 840/2011, de 28 de septiembre  
SAP Barcelona 187/2011, del 15 de septiembre  
SAP Madrid 561/2011, de 11 de noviembre  
AAP Barcelona 4416/2012, del 8 de junio  
SAP Alicante /2013, del 23 de octubre  
SAP Pontevedra 240/2015, del 10 de diciembre  
SAP Girona 138/2016, del 30 de mayo  
SAP Madrid 182/2016 del 20 de junio  
AAP Islas Baleares 244/2016, del 12 de septiembre  
SAP Toledo 967/2016, del 18 de octubre  
SAP Soria 5/2018, del 15 de enero  
SAP Barcelona 215/2018, de 5 de abril  
SAP Huelva 748/2018, del 19 de julio

### **Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de lo Mercantil**

AJM nº4 Madrid de 14 de enero de 2005 (AC 2\2005)  
AJM nº5 Madrid de 19 de diciembre de 2017 (AC 2009\267)  
AJM nº2 Barcelona de 15 de julio de 2008 (JUR 2008\350804)  
AJM nº1 Alicante de 7 de mayo de 2009 (AC 2009\2062)  
SJM nº 11 Madrid de 29 enero 2015 (JUR 2015\111593)  
AJM Segovia del 22 de febrero de 2017 (JUR 2017\39408)  
SJPI nº5 Palma de Mallorca de 15 de enero de 2017 (JUR 2017\39408)

### **Tribunal Supremo**

ATS de 14 de septiembre de 2016  
STS 160/1975 (sala de lo civil), del 25 de abril.  
STS (RJ 1981\3581) (sala de lo civil), del 5 de octubre.  
STS 130/1993 (sala de lo civil), del 19 de febrero  
STS 1084/1998 (sala de lo civil), del 13 de noviembre  
STS 998/2000 (sala de lo civil), del 2 de noviembre  
STS 886/2002 (sala de lo civil), del 7 de octubre  
STS 1127/2002 (sala de lo civil), de 19 de noviembre  
STS 148/2003 (sala de lo civil), de 25 de febrero  
STS 657/2005 (sala de lo civil), de 19 de julio  
STS 44/2006 (sala de lo civil), de 25 de enero  
STS 665/2007 (sala de lo civil), del 4 de junio  
STS 7446/2007 (sala de lo civil), de 7 de noviembre  
STS 1331/2007 (sala de lo civil), del 10 de diciembre  
STS 792/2009 (sala de lo civil), del 16 de diciembre  
STS 651/2010 (sala de lo civil), del 2 de noviembre

STS 663/2010 (sala de lo civil), del 4 de noviembre  
STS 562/2011 (sala de lo civil), del 12 de julio  
STS 3009/2013 (sala de lo civil, pleno), del 18 de abril  
STS 241/2013 (sala de lo civil), del 9 de mayo  
STS 1916/2013 (sala de lo civil), del 9 de mayo  
STS 491/2013 (sala de lo civil), del 23 de julio  
STS 174/2014 (sala de lo civil), de 27 del marzo  
STS 122/2014 (sala de lo civil), del 1 de abril  
STS 2825/2014 (sala de lo civil), del 26 de junio  
STS 265/2015 (sala de lo civil), del 22 de abril  
STS 139/2015 (sala de lo civil), del 25 de marzo  
STS 575/2015, (sala de lo civil) del 3 de noviembre  
STS 5618/2015 (sala de lo civil), del 23 de diciembre  
STS 79/2016 (sala de lo civil), del 18 de febrero  
STS 220/2016 (sala de lo penal), del 15 de marzo  
STS 967/2016 (sala de lo contencioso-administrativo), del 3 de mayo  
STS 285/2016 (sala de lo civil), del 3 mayo.  
STS 364/2016 (pleno), del 3 de junio  
STS 16/2017 (sala de lo civil), del 16 de enero  
STS 57/2017 (sala de lo civil), del 30 de enero  
STS 144/2017 (sala de lo civil), de 1 de marzo  
STS 224/2017 (sala de lo civil), del 5 de abril  
STS 594/2017 (sala de lo civil), del 7 de noviembre  
STS 654/2017 (sala de lo civil), del 1 de diciembre  
STS 669/2017 (pleno), del 14 de diciembre  
STS 221/2018 (sala de lo civil), de 16 de abril  
STS 252/2018 (sala de lo civil), de 26 de abril  
STS 1901/2018 (sala de lo civil), del 28 de mayo  
STS 313/2018 (sala de lo civil), del 28 de mayo  
STS 432/2018 (sala de lo civil), de 11 de julio  
STS 44/2019 (sala de lo civil), del 17 de enero  
STS 58/2019 (sala de lo civil), de 29 de enero  
STS 112/2019 (sala de lo civil), del 20 de febrero  
STS 4463/2019 (sala de lo civil), del 11 de septiembre

### **Tribunal Constitucional**

STC 79/2013, del 8 de abril

### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

ATJUE (sala sexta) del 8 de julio de 2015 (asunto C-90/14, Banco Grupo Cajatres)

ATJUE (sala sexta) del 11 de julio de 2015 (asunto C-602/13, BBVA)

ATJUE (sala sexta) del 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15, Tarcău)

ATJUE, (sala décima) de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15, Dumitras)

ATJUE (sala décima) de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16, Bachman)

AATJUE (sala primera) de 3 de julio de 2019 (C-92/16, C-167/16 y C-486/16)

STJUE (sala sexta), del 3 de julio de 1997 (asunto C-269/95, Benincasa)

STJUE (sala segunda), del 20 de enero de 2005 (asunto C/464/01, Gruber)

STJUE (sala cuarta), del 15 de marzo de 2012, (asunto C-453/10, Perenicová y Perenic)

STJUE (sala primera), del 21 de febrero de 2013, (asunto C-472/11, Banif Plus Bank)

STJUE (sala primera), de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, Catalunya Caixa)

STJUE (sala cuarta), del 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14, Costea)

STJUE (gran sala), del 21 de diciembre de 2016 (C-154/2015, C-307/15 y C-308/15)

STJUE (sala tercera), del 21 de abril de 2016 (asunto C-377/14, Radlinger and Radlingerova)

STJUE (sala tercera), del 25 de enero de 2018 (asunto C-498/16, Schrems)

STJUE (sala séptima), del 7 de agosto de 2018 (asunto C-475/17, Viking Motors AS y otros)

STJUE (gran sala), del 26 de marzo de 2019 (asuntos C-70/17, C-179/17, Abanca y Bankia)