

BOLETÍN DIGITAL CIVIL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Número 35
Marzo 2021

DESAHUCIOS EN TIEMPO DE CORONAVIRUS: a propósito del Real Decreto Ley 37/20 de 22 de diciembre, corregido por el RDL 1/2011 de 19 de enero. Cuestiones clave

Justo Manuel García Barros

Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Santander

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

Gustavo Andrés Martín Martín

Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma de Mallorca

Doctor en Derecho. REJUE-Civil

ISSN: 2605-3055



www.ajfv.es

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Verónica Ponte García



RESUMEN VOCES

DESAHUCIOS EN TIEMPO DE CORONAVIRUS: A
PROPÓSITO DEL REAL DECRETO LEY 37/20 DE 22 DE
DICIEMBRE, CORREGIDO POR EL RDL 1/2011 DE 19
DE ENERO. CUESTIONES CLAVE

Justo Manuel García Barros

Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 4 de
Santander

1. Introducción

Desde el principio de la pandemia se ha pretendido por el Gobierno, a través de los instrumentos legislativos que tenía a su alcance, proteger a los deudores vulnerables, con mejor o peor fortuna.

Lo que pretendemos hacer en este artículo no es otra cosa que analizar el Real Decreto Ley 37/20, y poner de relieve, en una primera lectura, los problemas que nos va a plantear y que ya se están dando en nuestros Juzgados, pues en los pocos días que lleva en vigor las solicitudes de suspensión han sido numerosas.

Como ocurre con todas las normas que se promulgan con urgencia y sin una reflexión suficiente, las dudas que plantea son bastantes, siendo desgraciadamente muy habitual que el legislador pretenda que los Jueces soslayen o subsanen los defectos que aparecen, lo que en ocasiones resulta imposible. No se debe olvidar que estamos ante normas procesales, lo que supone el carácter indisponible de las mismas.

La normativa que nos proponemos analizar no es otra cosa que un intento de mejorar lo que ya se había regulado por el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo y que había tenido una incidencia muy escasa en la protección pretendida.

En buena parte esto se debió a la mención que se recogía en la redacción original de que el solicitante debía “encontrarse en una situación de vulnerabilidad social o económica sobrevenida como consecuencia de los efectos de la expansión del COVID-19”. La mayoría de los desahucios que

teníamos en nuestros Juzgados, o que fueron entrando en ellos durante el año 2020, se debían a impagos anteriores a que se expandiera el virus, por lo que no les resultaba de aplicación la normativa protectora porque su vulnerabilidad venía de antes. Esto se pretende solucionar con la nueva redacción que se ha dado al artículo primero en el que se omite esta limitación. En el apartado IV de la exposición de motivos del RDL 37/20 se justifica esto diciendo que se trata de introducir seguridad y garantías porque (la situación de vulnerabilidad) aunque pudiera no derivarse directamente de los efectos de la COVID-19, indudablemente se ha visto agravada por estos.

Vamos ya a hacer un resumen de la nueva regulación.

II. Cuestiones principales de la nueva regulación

A) SUSPENSIÓN DE DESAHUCIOS POR FALTA DE PAGO Y PLAZO

El artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020, a tenor de la modificación introducida por el RDL 37/20, establece la suspensión de los desahucios en las siguientes condiciones:

1. AMBITO

Juicios verbales que versen sobre reclamaciones de renta o cantidades indebidas y expiración del plazo. Se aplica incluso a aquellos que ya hubieran sido suspendidos en su momento por aplicación del artículo 441.5. LEC

2. DURACIÓN DE LA SUSPENSIÓN

Desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley (23 de diciembre de 2020) hasta la terminación

del estado de Alarma. (9 DE MAYO DE 2021, de momento)

3. SUJETOS DE ESTE INCIDENTE

Cualquier arrendador.

Arrendatario que se pretenda vulnerable.

La vulnerabilidad viene definida en el artículo 5 del mencionado Real Decreto-ley y la misma debe acreditarse mediante la documentación a la que se hace referencia en el artículo 6, aunque si no se consigue se puede sustituir por una declaración responsable y aportar lo que le falta cuando termine en estado de alarma (Para entonces ya no tendrá mas trascendencia que la posible responsabilidad en la que se le pueda hacer incurrir por solicitud indebida, según el artículo 7).

Se exige que concurren dos requisitos para considerarlo vulnerable a los efectos de este artículo:

a) Que la persona que esté obligada a pagar la renta de alquiler pase a estar en situación de desempleo, Expediente Temporal de Regulación de Empleo (ERTE), o haya reducido su jornada por motivo de cuidados, en caso de ser empresario, u otras circunstancias similares que supongan una pérdida sustancial de ingresos, no alcanzando por ello el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar aquellos límites económicos que establece el artículo mencionado.

b) Que la renta arrendaticia, más los gastos y suministros básicos, resulte superior o igual al 35 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Se detalla cómo se tiene que calcular.

4. PROCEDIMIENTO:

El arrendatario puede instar la suspensión del procedimiento de desahucio o el lanzamiento. Se prevé que se reanude luego el plazo para pagar u oponerse al requerimiento, o el plazo de la vista, por lo que, a pesar de que en el apartado 4 se dice que el Juez en el auto suspende el lanzamiento, lo que se debe suspender es el procedimiento de desahucio en el estado en que esté.

Debe acreditar que se encuentra en situación de vulnerabilidad, por lo que tiene que reunir los requisitos previstos en el artículo 5 del Real Decreto ley 11/20 y para ello presentar los documentos del artículo 6.

El LAJ da traslado por 10 días al arrendador para que acredite si se encuentra también en situación de vulnerabilidad. El LAJ da traslado de toda la documentación a los Servicios Sociales competentes para que emitan informe en plazo de 10 días sobre la situación de vulnerabilidad de arrendatario, arrendador y las medidas a adoptar. Por el hecho de solicitar la suspensión se presume el consentimiento para comunicar a los Servicios Sociales.

El Juez, con todo ello, dicta Auto acordando:

a) La suspensión del lanzamiento (como antes hemos dicho sería del procedimiento) si se aprecia vulnerabilidad del arrendatario.

b) Continuación del procedimiento en caso de que no se aprecie la vulnerabilidad del arrendatario o deba prevalecer la del arrendador.

c) Debe recoger expresamente que una vez finalizado el estado de alarma se reanudan automáticamente los plazos, continuando la tramitación para la práctica de las actuaciones que se suspendieron.

5. ADOPCIÓN DE MEDIDAS POR LAS AUTORIDADES

En el caso de que las Administraciones adopten las medidas indicadas en el informe de los servicios sociales y se garantice la solución habitacional, se debe comunicar al Tribunal y el LAJ dictará decreto en plazo de 3 días levantando la suspensión.

6. PROBLEMAS Y DUDAS QUE SE PRESENTAN EN ESTOS SUPUESTOS:

1º) Resulta sumamente equívoca la mención que se recoge en el referido artículo de que “si no estuviera señalada fecha para el lanzamiento por no haber transcurrido el plazo de diez días a que se refiere el artículo 440.3 o por no haberse celebrado la vista, se suspenderá dicho plazo o la celebración de la vista”.

Olvida el legislador que en la actualidad la fecha para el lanzamiento se señala al inicio del procedimiento, antes del requerimiento, por lo que no es posible que no esté señalada en el momento en el que comparezca el demandado. La dicción literal de la ley parece que impediría la suspensión, lo que sería totalmente contradictorio con la mención que se hace en el apartado 4 de que finalizado el estado de alarma se reanuda automáticamente el plazo y se señala fecha para la celebración de la vista o el lanzamiento según el estado del proceso. Entendemos que la referida mención a la falta de señalamiento de fecha para el lanzamiento es un simple error de transcripción.

No se recoge en la normativa si para la presentación de la solicitud de suspensión se debe valer el inquilino de abogado y procurador. En

aquellos supuestos en los que se hubiera personado con estos profesionales entendemos que deben presentarla ellos. Pero es muy habitual en este tipo de procedimientos que se haya mostrado en rebeldía o que solicite la suspensión antes de contestar a la demanda.

La cuestión es sumamente dudosa pues en este tipo de procedimientos se precisa siempre la postulación. Ahora bien, se podría entender amparado en el artículo 31.2.2º LEC al solicitarse la suspensión urgente de actuaciones procesales. Esto además evitaría una dilación mayor del procedimiento dado que los Colegios de Abogados tardan un tiempo en el nombramiento de dichos profesionales, lo que podría mantener el procedimiento suspendido mas allá del plazo legal de terminación del estado de alarma.

2º) Si, como suele ser habitual, se ha ejercitado acumuladamente la reclamación de las rentas va a quedar durante ese tiempo imprejuzgada la solicitud económica.

En los artículos 4 y 8 del RDL 11/2020 se contiene la normativa para la moratoria de las deudas arrendaticias, que no tiene nada que ver con la del desahucio. En principio pues, durante la suspensión del desahucio se siguen devengando las rentas y otras cantidades debidas por el contrato, y se podrán reclamar al inquilino con las limitaciones de los artículos antes referidos. Sin embargo, en el caso de la acumulación de acciones es posible que estuviéramos ante una litispendencia y al menos estas rentas ya reclamadas no se puedan pedir en otro procedimiento hasta que se decida el de desahucio que va a quedar suspendido. (En el momento de

escribir esta reseña se ha lanzado la noticia de que se van a modificar también las moratorias de las rentas, pero desconocemos en qué sentido.)

3º) La falta de postulación ha motivado que en muchas ocasiones la documentación que se tiene que presentar ex artículo 6 del RDL 11/2020, para acreditar la concurrencia de los supuestos de vulnerabilidad previstos en el artículo 5, venga incompleta o muy deficiente. No se establece un plazo de subsanación, ni tampoco está previsto que por el Tribunal se reclamen los documentos que puedan faltar. Como en otros casos, la imparcialidad del Juzgador puede verse comprometida, en una cuestión tan sensible como esta.

4º) No se prevé ningún régimen de recursos contra el Auto por el que se decida la suspensión o se deniegue la misma. Si acudimos a la normativa general nos encontraríamos con que el único que cabe es el de reposición ya que según el artículo 455 solo son susceptibles de apelación los autos definitivos o los que la ley expresamente señale.

Resulta un tanto discutible la opción del legislador ya que en otros supuestos de suspensión del procedimiento se ha admitido la apelación (artículos 41 y 43 para la prejudicialidad penal y civil).

Por otro lado, es una materia en la que sería conveniente conocer el criterio unificador de las Audiencias.

B) SUSPENSIÓN DE DESAHUCIOS EN LOS CASOS DE CARENCIA DE TÍTULO POSESORIO

En el **artículo 1º Bis** se regula la suspensión en los casos de procedimientos seguidos contra ocupantes sin título.

1. AMBITO

Los Juicios verbales que se sustancien de conformidad con los apartados 2º (precario) , 4º (tutela sumaria de la posesión, okupaciones) , y 7º (protección de derechos reales inscritos) del artículo 250.1 de la LEC. Por el Real Decreto Ley 1/2021 de 19 de enero se ha incorporado también los “otros procesos penales en los que se sustancia el lanzamiento de la vivienda habitual de aquellas personas que la estén habitando sin ningún título habilitante para ello”.

2. DURACIÓN DE LA SUSPENSIÓN

Desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley (23 de diciembre de 2020) hasta la terminación del estado de Alarma (9 DE MAYO DE 2021, de momento).

3. SUJETOS DE ESTE INCIDENTE

Arrendador que sea persona jurídica o persona física con más de 10 viviendas.

Ocupante sin título que pretenda ser vulnerable.

4. PROCEDIMIENTO:

No se regula de forma tan clara como en el caso del artículo 1. Parece que se necesita una solicitud en la que se hagan constar que se encuentra en alguna de las siguientes circunstancias:

a) Es una persona dependiente según el artículo 2.2 de la ley 39/2006. (“el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas

de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.)

b) Víctima de violencia sobre la mujer.

C) Tener a su cargo, conviviendo en la misma vivienda, alguna persona dependiente o menor de edad.

Además de ello, debe acreditar, la persona o personas que ocupan la vivienda, que se encuentra en alguna de las situaciones de vulnerabilidad económica descritas en la letra a) del artículo 5, y que se prueban con los documentos previstos en el artículo 6.1.

El Letrado da traslado de dicha acreditación al demandante o denunciante. No prevé contestación ni se le da plazo para ello. El Letrado da traslado a los Servicios Sociales de toda la documentación por 15 días (¿por qué más tiempo para los precarios-okupas que para los inquilinos?) para que valoren la vulnerabilidad y las medidas a aplicar.

Se dicta **AUTO** por el Juez, que debe tener en cuenta, previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto:

a) la vulnerabilidad.

b) las circunstancias relativas a si la entrada o permanencia en el inmueble está motivada por una situación de extrema necesidad. Al efecto de analizar el estado de necesidad se valorará adecuadamente el informe de los servicios sociales.

c) Las circunstancias relativas a la cooperación de los habitantes de la vivienda con las autoridades competentes en la búsqueda de soluciones para una alternativa habitacional que garantizara su derecho a una vivienda digna.

En ningún caso procederá la suspensión a que se refiere este artículo si la entrada o permanencia en la vivienda ha tenido lugar en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya producido en un inmueble de propiedad de una persona física, si en dicho inmueble tiene su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada, sin perjuicio del número de viviendas de las que sea propietario.

b) Cuando se haya producido en un inmueble de propiedad de una persona física o jurídica que lo tenga cedido por cualquier título válido en derecho a una persona física que tuviere en él su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada.

c) Cuando la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediando intimidación o violencia sobre las personas (antes del RDL 1/2021 se decía que sea consecuencia de delito).

d) Cuando existan indicios racionales de que la vivienda se esté utilizando para la realización de actividades ilícitas.

f) Cuando la entrada o permanencia se haya producido en inmuebles de titularidad pública o privada destinados a vivienda social y ya se hubiera asignado la vivienda a un solicitante por parte de la administración o entidad que gestione dicha vivienda.

g) Cuando la entrada en la vivienda se haya producido con posterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley.

Si estima la suspensión esta se extiende hasta la terminación del estado de sitio, a no ser que las Administraciones adopten las medidas indicadas

en el informe de los servicios sociales y se garantice la solución habitacional. En este caso se debe comunicar al Tribunal y el **JUEZ dictará Auto** en plazo de 3 días levantando la suspensión y el correspondiente lanzamiento. (vuelve a diferenciarse a los inquilinos, pues en este caso resuelve el LAJ y a los precaristas).

Si no se acredita la vulnerabilidad, o no se encontrara entre las personas con derecho a la suspensión, o concurren los motivos indicados para no concederla, se acuerda por auto la continuación del procedimiento.

OJO. En el último inciso del párrafo primero se dice que el juez tendrá la facultad de suspender “el lanzamiento”, y no hay en el artículo motivos para pensar otra cosa, por lo que es posible que en este preciso procedimiento se deba tramitar en su totalidad y suspender solo la ejecución del desalojo. Esto permitiría que en el momento en el que se produzca la reanudación sea más rápido el proceder al desalojo de la vivienda.

Se dice por el propio artículo que estas medidas de suspensión son extraordinarias y temporales, dejando de surtir efecto en todo caso cuando finalice el estado de alarma. Lo que no establece, como sí hacía el artículo 1, es que la reanudación sea automática, ni que haya que recoger esa advertencia en el auto.

5. CUESTIONES DUDOSAS DE ESTE SUPUESTO

Además de las mismas que en el apartado anterior, y de las ya recogidas en el texto, tenemos que:

1º) Como hemos visto, en el caso del artículo 1 Bis, no se puede solicitar la suspensión más que cuando los propietarios sean grandes tenedores o personas jurídica. Sin embargo, no parece que la decisión de inadmitir se pueda adoptar “a limine litis”. Parece que el Letrado tiene que tramitarlo como hemos dicho y pasarlo al Juez, que es el que en el auto acordaría la falta de legitimación pasiva en su caso.

2º) La acreditación de que el arrendador tiene más de 10 viviendas tendrá que ser demostrada por el poseedor, pues no sería admisible el exigir al propietario que pruebe hechos negativos (que no tiene las 10 viviendas). En todo caso podrá acudir a los Índices de los Registros de la Propiedad. Por otro lado, y según el artículo 217 LEC, debe acreditar la parte solicitante los hechos en los que base su pretensión.

3º) El citado artículo, de muy discutible redacción, no aclara cómo se acreditan extremos como: la cooperación de los ocupantes con las autoridades para realojarles; si se ha entrado mediando intimidación o violencia sobre las personas (¿debe esperarse a un procedimiento penal que lo declare?); si se cometen actividades ilícitas en la vivienda (mismo caso que antes); cuándo se ha producido la entrada en la vivienda, para determinar si es antes o después del RDL, etc.

4º) Tampoco sabemos cómo pueden considerarse si el demandado es dependiente, pues la ley se remite a un artículo que es de definiciones, y no dice si tiene que estar declarado por la Administración competente o por un Juzgado.

5º) Ídem respecto de haber sido víctima de violencia sobre la mujer, ¿es necesario que se haya declarado judicialmente?

La disposición adicional segunda del referido RDL establece el derecho de los arrendadores y propietarios a una compensación en los casos en los que las administraciones competentes no adopten una medida de acceso a una vivienda digna en el plazo de 3 meses desde la emisión del informe de los servicios sociales.

Se debe sin duda a la Jurisprudencia Comunitaria que ha obligado a ello, pues no deja de ser una forma de expropiación de los derechos que como titulares de la propiedad tienen. Como se trata de

reclamaciones a las Administraciones parece que entenderán de ellas los Juzgados Contencioso-Administrativo.

Según la Disposición Transitoria primera lo regulado en el RDL es aplicable a los procedimientos en curso, aunque ya se hubiera acordado la suspensión conforme a la regulación del RDL 11/20. Solo se exceptúa el caso en el que se hubiera acordado la reanudación por vulnerabilidad económica del arrendador.

RESEÑAS SENTENCIAS

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

Gustavo Andrés Martín Martín

Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia número
17 de Palma de Mallorca

Doctor en Derecho. REJUE-Civil

I. SENTENCIA NÚM. 35/2021, de 27 de enero. Roj: STS 61/2021 - ECLI:ES:TS:2021:61 Recurso de casación 1926/2018. Ponente: Magistrado D. Ignacio Sancho Gargallo.

Condiciones Generales de la Contratación:
Gastos de tasación en préstamos garantizados con hipoteca. *El Tribunal Supremo fija que los gastos de tasación en los préstamos hipotecarios anteriores a la Ley de Contratos de Créditos Inmobiliarios corresponden al banco por no existir norma que determine su distribución siguiendo en este sentido la doctrina del TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020 (Caixabank [2020])*

Conforme a los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 y la doctrina del Tribunal de Justicia, la apreciación del carácter abusivo de la cláusula contractual que atribuye a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, conlleva su inaplicación. Pero [...] “cosa distinta es que, en cuanto a sus efectos, y dado que los gastos deberán ser abonados a terceros ajenos a los contratantes (funcionarios públicos sujetos a arancel, gestores, etc.) se determine cómo deben distribuirse tales gastos, no en función de la cláusula anulada, sino de las disposiciones legales aplicables supletoriamente”.

[...]

Los denominados gastos de tasación son el coste de la tasación de la finca sobre la que se pretende constituir la garantía hipotecaria. Aunque la tasación no constituye, propiamente, un requisito de validez de la hipoteca, el art. 682.2.1º LEC

requiere para la ejecución judicial directa de la hipoteca, entre otros requisitos:

Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

La exigencia de la tasación de la finca de conformidad con la Ley de Mercado Hipotecario y su constancia mediante la correspondiente certificación es, además, un requisito previo para la emisión de valores garantizados (art. 7 de la Ley, cuyo apartado 1) cuyo apartado 2 encomienda al Ministerio de Economía y Comercio, «las normas generales sobre tasación de los bienes hipotecables, a que habrán de atenerse tanto los servicios de las Entidades prestamistas como las Entidades especializadas que para este objeto puedan crearse».

Sin embargo, ni el RD 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación, ni la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles, contienen disposición normativa alguna sobre quién debe hacerse cargo del coste de la tasación.

De ahí que, de acuerdo con la STJUE de 16 de julio de 2020, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la

devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva.

Cuando resulte de aplicación la *Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, los gastos de tasación corresponderán al prestatario, por haberlo prescrito así en el apartado i) de su art. 14.1.e*).

II. SENTENCIA NÚM. 16/2021, de 19 de enero. Roj: STS 6/2021 - ECLI:ES:TS:2021:6 Recurso de casación 305/2018. Ponente: Magistrado Dña. María De Los Angeles Parra Lucan

Condiciones Generales de la Contratación: Cláusula suelo. *Escritura de novación de un préstamo anterior en la que se rebajó el interés mínimo. El control de transparencia no es de aplicación cuando la cláusula es objeto de una negociación. No es condición general de la contratación la cláusula que ha sido objeto de negociación individual.*

La cláusula estaba inserta en una escritura de novación de 16 de mayo de 2006 de un préstamo inicial de 19 de enero de 1998, en la que, junto con una modificación del importe y del plazo de amortización, que se ampliaron, se aplicó una reducción del límite de la cláusula suelo que pasó, en beneficio de los prestatarios, del 5% al 3,90%, en un momento en el que la cláusula suelo ya se había venido aplicando durante la vigencia del contrato inicial.

La sala desestima el recurso porque el recurrente prescinde de la verdadera razón que tuvo en cuenta la sentencia recurrida para rechazar la pretensión, que fue que hubo negociación. Y es que

la resolución que se recurre concluye que los prestatarios, conocedores de la existencia de la cláusula suelo en el préstamo hipotecario que concertaron en enero de 1998, porque desplegó sus efectos, negociaron en 2006 una novación del préstamo en la que ampliaron el capital prestado y su duración, y también modificaron, en su exclusivo beneficio, el tipo de la cláusula suelo. La sala recuerda su doctrina acerca de que si una cláusula ha sido negociada, no son aplicables los controles abusividad y transparencia, y la condición de consumidor de uno de los contratantes no excluye la aplicación de esta regla.

Y en este sentido, con cita de la anterior jurisprudencia, el Tribunal Supremo recuerda que, entre otras, las *sentencias 660/2019, de 11 de diciembre* , y *361/2019, de 26 de junio* , los controles de incorporación, transparencia y abusividad del contenido son aplicables a las condiciones generales de la contratación. En concreto, los controles de transparencia y abusividad del contenido son aplicables a las cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores. Por tanto, si una cláusula ha sido negociada, no son aplicables estos controles. La condición de consumidor de uno de los contratantes no excluye la aplicación de esta regla.

III. SENTENCIA NÚM. 12/2021, de 19 de enero. Roj: STS 84/2021 - ECLI:ES:TS:2021:84 Recurso de casación 733/2017. Ponente: Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Condiciones Generales de la Contratación: Cláusula suelo. Subrogación en el préstamo al promotor. El hecho de subrogarse en el préstamo

del promotor no exime a la entidad crediticia de las obligaciones de información. Control de transparencia.

Las partes otorgan una escritura pública de compraventa de vivienda y subrogación de préstamo otorgada el 25-2-09 ante Notario, en el que se contiene una cláusula suelo del 3,65% nominal anual””.

La Audiencia había considerado que la subrogación en el préstamo-promotor cumplía las exigencias del artículo 7 LCGC y superaba el control de transparencia en cuanto que el actor *afirma conocer la escritura que la contiene y la cláusula que fija la limitación del interés variable está redactada de forma clara y comprensible en el extracto que se hace de la escritura en la que el consumidor se subroga, de modo que ha de concluirse que fue conocida o pudo serlo con suma facilidad por el actor [...]*”.

El Tribunal Supremo, reiterando la sentencia 338/2020, de 22 de junio, recuerda que “por razón de esta estrecha relación entre los préstamos hipotecarios a promotor y las ventas de las viviendas gravadas a comprador-consumidor con simultánea subrogación hipotecaria, hemos declarado que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que éste se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria, que presta su consentimiento a dicha subrogación, de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá

subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato”.

De esta forma, la Audiencia incurría en error al considerar que quien estaba obligado a informar al comprador de la vivienda sobre la existencia de una cláusula suelo en el préstamo hipotecario en que se subrogaba, era exclusivamente el vendedor y no el prestamista. En este sentido, considera el Tribunal Supremo que “sin perjuicio de las obligaciones del promotor, afirma también tal obligación a cargo del prestamista. No hay incompatibilidad entre una y otra. La primera tampoco hace inútil la segunda, pues la refuerza”.

Esto es, la entidad bancaria, independientemente de que se trate de una subrogación en un préstamo-promotor con motivo de la compra de la vivienda a la propia entidad promotora, tiene deberes generales de información sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo antes de la firma de la escritura de subrogación, de forma que, si no hubiera informado de su existencia, cuando el prestatario adoptó su decisión, no tenía la información que le permitiera valorar la trascendencia de tal cláusula en la economía del contrato, pues la existencia del suelo limitaba significativamente la posibilidad de variación a la baja del tipo de interés por lo que en la práctica el tipo de interés solo podía variar sustancialmente al alza.

Termina la Sala reiterando que la obligación de información es de la entidad financiera: “A la vista de esta doctrina jurisprudencial debe estimarse el recurso de casación pues no consta información previa sobre la cláusula suelo, lo que impidió

al contratante conocer con plenitud y transparencia los términos del acuerdo, de tal forma que la entidad bancaria, *que era la obligada a informar*, infringió los preceptos invocados[...]"

IV. SENTENCIA NÚM. 701/2020, de 29 de diciembre. Roj: STS 4461/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4461. Recurso de casación 2295/2018. Ponente: Magistrado D. Pedro Jose Vela Torres

Derecho Concursal: acción directa del transportista efectivo DA 6 Ley 9/2013. *Tratamiento concursal de la acción directa del transportista subcontratado contra el cargador principal, por el precio por el transporte, cuando el porteador intermedio subcontratante ha sido declarado en concurso, en el que el cargador principal consignó las cantidades debidas. La acción directa del transportista efectivo contra el cargador prevista en la DA Sexta de la Ley 9/2013 no debe tener el mismo tratamiento que la acción directa del 1597 CC de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50.3 y 51 bis 2 LC 22/2003 (actualmente 136.1.3º y 139.2 TRLC 1/2020)*

Tras recordar la Jurisprudencia sobre la acción directa del transportista efectivo contra el cargador y los intervinientes en la cadena de subcontratación, según la cual, la responsabilidad del cargador es una responsabilidad en garantía, por lo que no opera la limitación de que únicamente pudiera reclamarse lo que el cargador principal adeudara al intermediario, así como que la finalidad de la norma era conceder una garantía en favor de los transportistas finales, como parte económi-

camente más débil de la cadena de transporte, el Tribunal Supremo recuerda que *la acción directa del transportista efectivo tiene un alcance mayor que el contenido del art. 1597 CC.*

En este sentido, constituye una norma propia y específica del contrato de transporte terrestre, para ser, no solo una acción directa tradicional, sino también una modalidad de garantía de pago suplementaria. De ahí que se puedan producir supuestos de doble pago, sin que ello comporte una solución antinómica y que no elude la posible acción de repetición posterior por parte del cargador.

Por todo ello, el tratamiento de la acción directa del *art. 1597 CC* en el concurso del contratista no son extensibles a esta modalidad de acción directa del transportista efectivo, por dos grupos de razones: uno de orden legislativo, y otro de naturaleza interpretativa, en función de la distinta naturaleza y finalidad de ambas acciones directas:

a) Desde el punto de vista legislativo, la *Disposición Adicional Sexta Ley 9/2013* no contiene ninguna previsión que excepcione su aplicación en caso de concurso del porteador intermedio, pese a que cuando se promulgó ya estaban en vigor los *arts. 50.3 º y 51 bis.2 LC* (que provenían de la reforma operada por la Ley 38/2011). Los cuales, por cierto, no se refieren en general a todo tipo de acciones directas, sino específica y nominativamente a la del *art. 1597 CC*. Tampoco el Texto Refundido 1/2020 ha introducido ninguna mención.

b) En cuanto a la naturaleza y finalidad de las dos acciones directas a las que nos venimos refiriendo (la del arrendamiento de obra y la del transporte), son diferentes y cumplen fines distintos.

El *art. 50.3 LC* prohibía la presentación de nuevas demandas y el *art. 51 bis.2 LC* ordenaba la suspensión de los procedimientos en que se hubiera ejercitado la acción directa del *art. 1597 CC* porque el efecto de retención que sobre el crédito del contratista produce su ejercicio por el subcontratista frente al comitente pierde sentido en caso de concurso del contratista.

Por el contrario, como la acción directa del porteador efectivo no implica retención alguna de ningún elemento del patrimonio del eslabón intermedio, por apoyarse en la mera existencia del crédito del porteador efectivo frente al cargador principal, no cabe hacer una aplicación analógica a un supuesto diferente.

V. SENTENCIA NÚM. 694/2020, de 29 de diciembre. Roj: STS 4406/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4406. Recurso de casación 68/2018. Ponente: Magistrado D. Ignacio Sancho Gargallo. Caso Airbus

Derecho concursal: protección del acreedor con privilegio especial en caso de venta directa de una unidad productiva. *El derecho de oposición del acreedor privilegiado especial es insoslayable incluso en el caso de que exista incertidumbre acerca de la existencia de la garantía.*

La peculiaridad del caso analizado en la STS 694/2020, de 29 de diciembre radica en que, cuando se produjo la venta de la unidad productiva, todavía no se había reconocido que dicho crédito tuviera ese privilegio, pero estaba pendiente el recurso de apelación, que prosperó y lo calificó como tal, y a la adquirente se le hizo saber la pendencia de dicho

recurso. El Tribunal Supremo entiende que, aunque el reconocimiento final del privilegio especial se realizara después de la venta de la unidad productiva, resulta oponible al adquirente en cuanto que su adquisición no podía realizarse sin subsistencia de las garantías si no se cumplía la exigencia del consentimiento del acreedor pignoraticio ex arts. 154.4 y 149 LC. Es irrelevante que existieran obligaciones pendientes de cumplir por la concursada. El adquirente, al valorar si le conviene la adquisición, debe sopesar si le compensa esta subrogación en atención al coste que le puede reportar el cumplimiento de prestaciones pendientes y a la garantía constituida sobre los créditos surgidos de ese contrato.

El Tribunal Supremo recuerda que para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4 LC. Dicho apartado establece la regla general de que si se ve afectado un único acreedor con privilegio especial que tenga derecho de ejecución separada, en ese caso no puede realizarse la venta por un precio inferior al mínimo que se hubiese pactado sin contar con su conformidad.

La singularidad del actual *art. 149.2 LC* consiste en que cuando la venta de la unidad productiva afecta a varios acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada sobre bienes incluidos en la unidad productiva, en ese caso la exigencia de conformidad de estos acreedores se cumple cuando la prestan al menos quienes representen el 75% de este pasivo afectado. Esto es, la conformidad de los acreedores que representen 75% de estos créditos afectados permite

arrastrar al resto. De lo contrario sería necesaria la unanimidad.

El hecho de que cuando se realizó la venta de la unidad productiva, a esos acreedores no se les había clasificado como créditos con privilegio especial y estaban pendientes de la apelación que finalmente les reconoció el privilegio especial, no modifica el contenido de los artículos 155.4 y 149.2 LC. En este sentido, ello explica que no se recabara su consentimiento, pero no supone que si, como ocurrió, más tarde llegara a reconocérseles el privilegio especial *no pudieran hacerlo valer frente al adquirente de la unidad productiva, por más que en la adjudicación se hubiera declarado que los activos se transmitían libres de cargas y gravámenes*. Máxime cuando el adquirente conocía que estaba pendiente el recurso

de apelación sobre la clasificación de estos acreedores.

El adquirente conocía que adquiriría la unidad productiva con la incertidumbre de una eventual contingencia consecuencia de la estimación de la apelación y de la clasificación de unos créditos con privilegio especial consistente en la prenda de créditos incluidos en la unidad productiva adquirida.

Es por ello que, aunque el reconocimiento final del privilegio especial se hubiera realizado con posterioridad a la adquisición de la unidad productiva, resulta oponible al adquirente en cuanto que su adquisición no podía realizarse sin subsistencia de las garantías si no se cumplía la exigencia del consentimiento de los acreedores pignoraticio en los términos previstos en los *arts. 154.4 y 149 LC*.