

Dossier jurídico
Derecho Civil

Nulidad de los Avales ICO COVID-19

Autora: **Miranda Lara**



tirant
PRIME

Nulidad de los Avales ICO COVID-19. Dossier

INTRODUCCIÓN

Recientemente se ha abierto una nueva batalla judicial contra la práctica comercial de las entidades financieras, en esta ocasión con motivo de la comercialización de los préstamos avalados por el Instituto de Crédito Oficial (ICO) durante la declaración del estado de alarma provocada por la COVID-19.

Aunque todavía no existe un cuerpo de precedentes judiciales lo suficientemente consolidado, expondremos la problemática que se ha manifestado al ejecutar los bancos el 100% de los préstamos contra el deudor y contra los avalistas personales, pero no contra el aval del Estado.

Declaración del estado de alarma y avales concedidos por el Estado.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, supuso la paralización de la actividad económica no esencial, lo que conllevó el inicio de una importante crisis económica a nivel internacional.

El estado se vio obligado a facilitar la financiación de las empresas y autónomos para mantener la actividad económica y reducir el desempleo. Así, el Gobierno aprobó con urgencia una serie de medidas públicas para paliar los efectos económicos de la pandemia COVID-19. Entre ellas, las líneas de avales del Estado para autónomos y empresas.

La concesión de estos préstamos avalados por el Estado se contempló por primera vez en el artículo 29 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Es decir, tres días después de la declaración del estado de alarma el estado aprobó una Línea para la cobertura por cuenta del Estado de la financiación otorgada por entidades financieras a empresas y autónomos.

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, sigue en vigor en la actualidad, incluido su artículo 29, que ha sufrido diversas modificaciones desde su publicación el 18/03/2020, siendo la última de las mismas publicada el 30/06/2022.

Según el apartado 1 del artículo 29, la línea de cobertura por cuenta del Estado para la financiación otorgada por las entidades financiera era Para facilitar el mantenimiento del

empleo y paliar los efectos económicos del COVID-19, a empresas y autónomos para atender sus necesidades derivadas, entre otras, de la gestión de facturas, necesidad de circulante, vencimientos de obligaciones financieras o tributarias u otras necesidades de liquidez.

Según el apartado 3 del artículo 29 los avales del Estado cumplen con la normativa de la Unión Europea en materia de Ayudas de Estado.

No se trata de que el Estado presta dinero a las empresas y autónomos, sino que son las entidades financieras quienes conceden financiación y el Estado quien avala su devolución en el caso de que no puedan hacerlo las empresas y los autónomos a quienes va dirigido.

Se preveía la movilización de avales por un importe máximo de 100.000 millones de euros, que pronto fue ampliado a 140.000 millones de euros con nuevos avales.

Según informe de seguimiento elaborado por el ICO, a fecha 31 de agosto de 2021 se habían concedido avales por importe de 100.342 millones de euros, en 1.114.124 de operaciones, de las que más del 98% habían sido concedidas a pymes y autónomos, habiendo movilizado más de 131.927 millones de euros.

Comercialización de los préstamos ICO por las entidades de crédito.

Como hemos dicho las entidades financieras eran quienes concedían la financiación a las empresas y autónomos, solo que tenían el aval del Estado. A pesar de ello, las entidades de crédito comercializaron los créditos exigiendo, además, el aval personal de los deudores y/o de sus familiares o amigos.

Sin embargo, la situación excepcional provocada por la pandemia, la publicidad institucional y la información de las propias entidades financieras transmitieron la creencia de que en caso de no poder devolver los créditos, tanto el deudor principal como los avalistas personales, responderían solo de la parte no avalada por el estado, que rondaba el 80% de la deuda.

Así, en la información facilitada por los bancos se destacaba como una de sus característica que contaba con la «garantía ICO sobre el 80%.» Es decir, la impresión era que el avalista personal respondería del 20% de la deuda, que era la parte no avalada por el Estado.

Que duda cabe que la garantía del ICO facilitó que las empresas, los autónomos y los avalistas personales solicitaran el crédito y prestaran su aval personal a pesar del riesgo de

incrementar su endeudamiento en un entorno de crisis económica internacional de duración y consecuencias inciertas.

La información sobre la oferta de préstamos ICO COVID-19 ha desaparecido prácticamente en su totalidad de las páginas web de las entidades financieras.

Vencimiento de los préstamos. Reclamación por los bancos

Llegado el vencimiento de los préstamos, muchos de ellos no han podido ser devueltos por sus prestatarios, lo que ha provocado que los bancos hayan presentado la correspondiente reclamación por el 100% del préstamo contra el deudor principal (empresas y autónomos) y contra los avalistas personales, pero no contra el aval del Estado.

Los avalistas personales se han encontrado con la sorpresa de que son demandados por el 100% del préstamo junto con el deudor principal. Esto ha provocado que los avalistas demandados hayan opuesto la nulidad de la cláusula de aval o la reducción de la responsabilidad de la misma a la parte no garantizada por el estado. Así mismo, avalistas aun no demandados se han adelantado a la demanda reclamando la nulidad o reducción del aval prestado.

En algunas ocasiones se cuestiona incluso la validez de la misma exigencia del aval personal para la concesión del préstamo, debido a que la entidad bancaria ya tenía el respaldo del Estado en el caso de que el deudor no respondiera.

En este momento es cuando se ha destapado la situación en la que muchos avalistas serán responsables del 100% de la deuda del principal, a pesar de la existencia del aval del Estado.

Los bancos exigieron para la concesión de los préstamos avalados por el Estado el afianzamiento personal, no solo de los socios o accionistas de las empresas, sino también de personas sin relación directa con la actividad del prestamista (familiares, amigos, etc.). Lo que hace que confluyan como avalistas personas que pueden o no tener la condición de consumidores y usuarios, sin que para estos últimos las entidades bancarias adoptaran las medidas de información previa, idoneidad y conveniencia para con el avalista en atención a su cualidad personal.

Una vez expuesta la situación, pasamos a exponer las posibilidades que tienen los avalistas personales frente a las entidades bancarias.

Norma habilitante del préstamo ICO

Real Decreto-ley 8/2020 de 17 de marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19

El artículo 29, en su redacción original era del siguiente tenor literal:

«Artículo 29. Aprobación de una Línea para la cobertura por cuenta del Estado de la financiación otorgada por entidades financieras a empresas y autónomos.

1. Para facilitar el mantenimiento del empleo y paliar los efectos económicos del COVID-19, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital otorgará avales a la financiación concedida por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito, entidades de dinero electrónico y entidades de pagos a empresas y autónomos para atender sus necesidades derivadas, entre otras, de la gestión de facturas, necesidad de circulante, vencimientos de obligaciones financieras o tributarias u otras necesidades de liquidez.

2. El Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital podrá conceder avales por un importe máximo de 100.000 millones de euros. Las condiciones aplicables y requisitos a cumplir, incluyendo el plazo máximo para la solicitud del aval, se establecerán por Acuerdo de Consejo de Ministros, sin que se requiera desarrollo normativo posterior para su aplicación.

3. Los avales regulados en esta norma y las condiciones desarrolladas en el Acuerdo de Consejo de Ministros cumplirán con la normativa de la Unión Europea en materia de Ayudas de Estado.»

«Artículo 30. Ampliación del límite de endeudamiento neto del ICO con el fin de aumentar las Líneas ICO de financiación a empresas y autónomos.

1. Se amplía en 10.000 millones de euros el límite de endeudamiento neto previsto para el Instituto de Crédito Oficial en la Ley de Presupuestos del Estado, con el fin de facilitar liquidez adicional a las empresas, especialmente pymes y autónomos. Esto se llevará a cabo a través de las Líneas de ICO de financiación mediante la intermediación de las entidades

financieras tanto a corto como a medio y largo plazo y de acuerdo con su política de financiación directa para empresas de mayor tamaño.

2. El ICO adoptará las medidas que sean precisas, a través de sus órganos de decisión, para flexibilizar y ampliar la financiación disponible y mejorar el acceso al crédito de las empresas, preservando el necesario equilibrio financiero previsto en sus Estatutos.»

Acuerdos del Consejo de Ministros

Los Acuerdos de Consejo de Ministros de 24 de marzo [BOE-A-2020-4070], de 10 de abril [BOE-A-2020-4414], de 5 de mayo [BOE-A-2020-4903], de 19 de mayo [BOE-A-2020-5140] y de 16 de junio [BOE-A-2020-6236] de 2020 desarrollaron la regulación de los préstamos ICO, fijando, entre otras, las siguientes reglas:

- En el caso de pymes y autónomos el aval ascenderá como máximo al 80% de la operación. En empresas que no reúnan la condición de pyme el aval cubrirá como máximo el 70% de nuevas operaciones y el 60% de operaciones de renovación.

- No podrán financiarse las unificaciones y reestructuraciones de préstamos, así como la cancelación o amortización anticipada de deudas preexistentes. El artículo 9 del Convenio suscrito entre entidades financieras e ICO establece que "la entidad se compromete y obliga a no refinanciar ni reestructurar las operaciones que tenga suscritas con los autónomos / clientes antes de 17 de marzo de 2020".

- La financiación obtenida deberá emplearse para atender las necesidades de liquidez derivadas, entre otros, de la gestión de facturas, pago de nóminas y a proveedores, necesidad de circulante y vencimientos de obligaciones financieras o tributarias.

- El plazo del aval emitido coincidirá con el plazo de la operación hasta un máximo de 5 años.

Además, se establecía como obligación de las entidades financieras que, «Las entidades financieras aplicarán los mejores usos y prácticas bancarias en beneficio de los clientes y no podrán comercializar otros productos con ocasión de la concesión de préstamos cubiertos por este aval público ni condicionar su concesión a la contratación por parte del cliente de otros productos.» (Resolución de 10 de abril de 2020, de la Secretaría de Estado de Economía y

Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de abril de 2020).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [TOL3.711.558]

Los avales prestados por el estado respetan la normativa sobre ayudas del estado. En este sentido, el artículo 107 del Tratado de funcionamiento, dice:

«Artículo 107

1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

2. Serán compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;

b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;

c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división. Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra.

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;

- b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
- d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;
- e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión.»

Situaciones

En el caso de haber suscrito un contrato como avalista personal solidario de un préstamo ICO, pueden darse las siguientes opciones para la defensa, dependiendo en función de si el avalista tiene la condición o no de consumidor.

1.- Avalistas socios / administradores (no consumidores)

Los avalistas socios o administradores de las empresas solicitantes del préstamo ICO no tienen la consideración de consumidor o usuario (art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)

En estos casos, las opciones de defensa radican en dos parámetros, a) error por vicio en el consentimiento y, b) infracción de los requisitos de transparencia e incorporación.

a) Error vicio del consentimiento

Según el Código Civil, se produciría el error vicio en el consentimiento prestado por el avalista, al no ser consciente de las implicaciones reales que contienen las cláusulas de aval personal en los préstamos ICO. En estos casos, el vicio resulta invalidante, debido a que recae sobre las condiciones esenciales del contrato. En el caso de haber conocido las implicaciones económicas del aval, no se habría firmado el contrato.

El Artículo 1265 señala que «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.»

Por su parte, el Artículo 1266 exige «Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo.

El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección»

Régimen general del error vicio del consentimiento. Doctrina y jurisprudencia.

Para que el error sea relevante ha de reunir determinados requisitos, con el fin de equilibrar el conflicto de intereses que surge entre las dos partes contratantes. De acuerdo con esto, se exige que el error sea esencial y excusable:

A) Esencialidad. El error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa o aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. También cuando la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad. Para la apreciación de esencialidad, la jurisprudencia tiene en cuenta principalmente el fin del contrato o la cláusula, y si este se frustró como consecuencia de la creencia errónea de una de las partes.

B) Excusabilidad. Se trata de exigir cierta diligencia a ambas partes para evitar, precisamente, que caigan en un error que pudo ser evitado empleando un deber de cuidado adecuado a las circunstancias, es decir, no negligente. La diligencia exigida dependerá también de si la parte afectada es un profesional en la materia de que se trate o no.

C) Error y lesión: Para la apreciación del error no es necesario que la parte errada haya sufrido una lesión económica, aunque es muy probable que esta se produzca.

Tribunal Supremo. Sala Primera, de 20/01/2014 RES:840/2013. TOL4.103.965

«Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una " lex privata " (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos-sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas-y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las

circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida»

Hasta el momento los casos conocidos que han sido planteados ante los Juzgados se fundan en el error por vicio en el consentimiento.

b) Condiciones generales de la contratación: Transparencia e incorporación.

A un no siendo aplicables la normativa sobre consumidores y usuarios si que es aplicable la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación,

Esta norma, permite la consideración de nulidad de las cláusulas que no se ajusten al criterio de transparencia:

Las cláusulas ambiguas, en las que la información no resulte clara, así como tampoco las implicaciones jurídicas y económicas que implica, podrán someterse a un control de transparencia. En el caso de que no resulte transparente, las cláusulas serán nulas de pleno derecho.

«Artículo 5. Requisitos de incorporación.

«5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.»

«Artículo 7. No incorporación.

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

- a) Las 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, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, 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.»

2.- Avalistas que tienen la consideración de consumidores o usuarios.

Se puede dar la situación de que el avalista de un préstamo ICO tenga la consideración de consumidor o usuario al avalar el préstamo «con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.» (art. 3.1 TRLGDCU). Es el caso de avalistas familiares o amigos de los socios o de los autónomos.

En el caso de que el avalista tenga la condición de consumidor, conforme lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dichas cláusulas podrán tener la consideración de abusivas, al quedar incorporadas en el contrato de modo no transparente.

Según el artículo 83 TRLGDCU, las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos serán nulas de pleno derecho. No obstante, el contrato podrá subsistir, únicamente se reclama la nulidad de la cláusula abusiva.

En primer lugar, el avalista deberá justificar su condición de consumidor. Para ello, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, establece los requisitos para su consideración.

Jurisprudencia sobre el concepto de consumidor

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Cuarta, de 03/09/2015 REC:C-110/14. TOL5.408.350

La STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (caso Costea) objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante. En esta resolución el TJUE concluye que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado:

«El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete.»

**Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Décima, de 27/04/2017 REC:C-535/16.
TOL6.083.008**

En el ATJUE de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16, Bachman), se planteaba la aplicación de la Directiva 93/13/CEE a una relación bancaria establecida inicialmente entre un banco y una sociedad mercantil (por lo tanto excluida del concepto de consumidor) cuando la posición contractual de esa sociedad la ocupó posteriormente una persona física. A ésta se le reconoce por el Tribunal de Justicia la condición de consumidor, al decir su parte dispositiva:

«El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que, a raíz de una novación, ha asumido contractualmente, frente a una entidad de crédito, la obligación de devolver créditos inicialmente concedidos a una sociedad mercantil para el ejercicio de su actividad, puede considerarse consumidor, en el sentido de esta disposición, cuando dicha persona física carece de vinculación manifiesta con esa sociedad y actuó de ese modo por sus lazos con la persona que controlaba la citada sociedad así como con quienes suscribieron contratos accesorios a los contratos de crédito iniciales (contratos de fianza, de garantía inmobiliaria o de hipoteca)».

Régimen de las Cláusulas abusivas

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias [TOL1.175.543], recoge el concepto y las consecuencias de las cláusulas abusivas:

«Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente

«1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la

conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido (...)

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.»

«Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

«1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.»

«Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.

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

Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.»

Situaciones judiciales

Podemos describir las siguientes situaciones:

- a) Oposición y reconvención del avalista demandado. Ya sea el avalista demandado consumidor o no, puede reaccionar a la demanda que formula contra él, oponiéndose a la demanda y formulando reconvención por la que pretenda la nulidad de la cláusula de aval y, subsidiariamente, la reducción de dicha responsabilidad al 20% no cubierto por el aval del estado.

- b) Demanda del avalista. El avalista, cualquiera que sea su condición, puede adelantarse a la reclamación que formule la entidad bancaria demandando la nulidad de la cláusula de aval y, subsidiariamente, la reducción de dicha responsabilidad al 20% no cubierto por el aval del estado.

Pronunciamientos recientes sobre la nulidad de los avales ICO

Existen pocos pronunciamientos sobre la nulidad de los avales en los préstamos ICO. Los que tenemos constancia hasta el momento son de los Juzgados de instancia o mercantiles y se fundan en el error vicio del consentimiento.

Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, de 02/10/2023. TOL9.730.676

«Debe aunarse con la doctrina sobre el error vicio sentada por nuestro más Alto Tribunal. Así, indica la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de julio de 2012 "... en el error obstativo hay una falta de voluntad, porque o bien no se quería declarar y se hizo, o bien se produce un lapsus que da lugar a una discrepancia entre la voluntad interna y su declaración"; aunque en el presente caso, el error alegado es un error vicio, esto es, se sostiene que se produjo una creencia errónea de aquello que se estaba contratando, en la medida que, al tratarse de un préstamo ICO avalado por el Estado, los actores sólo asumían una fianza del 20% y no de la totalidad del préstamo; toda vez que los Bancos publicitaban que el Estado podía asumir hasta el 80% de la fianza (doc. nº 6 y 5), y que el Anexo nº 2 de la póliza en liza, en la estipulación adicional 1ª, párrafos 2º y 3º, se refiere al aval del ICO.

[...]

Sentado lo que precede, concurren los requisitos para apreciar el error como vicio del consentimiento, lo que comporta declarar que la responsabilidad de los actores como fiadores en el contrato de fianza contenido como Cláusula 16ª en la Póliza Mercantil de fecha B de mayo de 2020 y de las obligaciones asumidas por dicho contrato, queden reducidas a un 20% del importe total del capital concedido, respondiendo los demandantes de un importe máximo de 20.000 euros.»

Juzgado de 1ª Instancia n.º 29 de Barcelona de 02/10/2023, RES:236/2023. TOL9.744.285

«Del interrogatorio practicado a la actora, se deduce que albergaba la certeza de que, al ser "un contrato especial por el Covid" sólo garantizaba el 20% del préstamo.

Asevera que no hubiera firmado si la garantía era del 100%, así como que nunca antes contrató un aval o fianza, además de que no se le entregó la documentación previamente a la firma. [...]

En efecto, a la vista de que los actores no negocian el préstamo con el Banco, el Sr. Edmundo no recuerda si tuvo una conversación telefónica con la Sra. Salome, ésta manifiesta que el Notario no le leyó el contrato, su lengua materna no es el español, y teniendo en cuenta que el marco del contrato se incardinaba en la línea aval ICO publicitada (doc. nº 5 y 6), a cargo del Estado en un porcentaje, cabe concluir que los actores no estarían al caso del verdadero alcance de su fianza (doc. nº 7), esto es, garantía personal solidaria de toda la deuda.

Cierto es que la defensa de la demandada manifiesta que, de aceptarse la tesis del actor, se pide el préstamo y solo se devuelve el 20%. Pero no es menos cierto que un porcentaje de devolución, si no paga el prestatario, corría a cargo del erario público, por lo que al Banco se le devolvía el préstamo, por eso resulta difícil de entender por qué el demandado añade a la póliza el Anexo 2, si no recaba el aval parcial del Estado, pese a publicitarlo; máxime cuando este aval es una de las características del préstamo ICO.

En definitiva, y conforme a lo anteriormente expuesto, se considera que en el presente caso, en el que concurren dudas de hecho, la actora logra levantar la carga de la prueba, fijándose que la voluntad que emite en relación con el alcance de la fianza adolece de un vicio de consentimiento por causa de error, cifrado en el porcentaje de fianza que asumía.

Error que cabe caracterizar de esencial y excusable, toda vez que no se entregó documentación previamente a la firma y la lengua materna de la fiadora no es el español, además de que el prestamista no levanta la carga de la prueba sobre el hecho de haber informado a los fiadores que asumían toda la deuda, en caso de impago de la sociedad.

SEXTO.- Sentado lo que precede, concurren los requisitos para apreciar el error como vicio del consentimiento, lo que comporta declarar que la responsabilidad de los actores como fiadores en el contrato de fianza contenido como Cláusula 16ª en la Póliza Mercantil de fecha 8 de mayo de 2020 y de las obligaciones asumidas por dicho contrato, queden reducidas a un

20% del importe total del capital concedido, respondiendo los demandantes de un importe máximo de 20.000 euros.»

Juzgados de lo mercantil n.º 1 de Pontevedra, de 03/07/2023 REC:270/2020. TOL9.693.052

«El hecho de que el Acuerdo del Consejo de Ministros emplee esta expresión no sólo supone que el Estado comparta el riesgo de las operaciones avaladas en las mismas condiciones que las entidades financieras que las conciertan (lo que no es realmente cierto, pues el Estado asumía el 80% del riesgo de impago). También había de suponer que los beneficiarios de las operaciones respetasen la igualdad de trato a la hora de disponer de los fondos obtenidos a través de ellas. No en vano, a continuación de hacer referencia a que los avales públicos se concederían en rango *pari passu*, señala el Acuerdo que se ponían a disposición para mantener la actividad económica de las empresas y autónomos. Y justo antes, en el párrafo anterior, ya preveía que se trataba de una serie de medidas para preservar la normalidad de los flujos de financiación y los niveles de circulante y liquidez, para así permitir que empresas y autónomos continúen abonando los salarios de los empleados y las facturas a proveedores, manteniendo la actividad económica (sic).

Todo ello pone de manifiesto que la finalidad de la línea de avales era propiciar la concesión de financiación a las empresas, para que las mismas atendiesen a sus obligaciones corrientes en general. De ningún modo se pretendía que, gracias la financiación avalada por el Estado, pudiesen las entidades bancarias que la gestionaban y concedían sustituir los créditos no garantizados o menos garantizados que ostentaban antes, por otros créditos nuevos en que la mayor parte de su importe goza de la garantía del Estado. Una operación de ese tipo, aparte de indicativa de la nula buena fe de las entidades bancarias, supone la defraudación de los objetivos del art. 29 del Real Decreto Ley 8/2020, una vez que lo avalado por el Estado no vendrá complementado por recursos adicionales del sector privado (sic), tal como prevé el referido Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2020.

E incluso la situación es más llamativa cuando, como en este caso ocurrió, una vez concedida la financiación avalada por el Estado, con la que fueron atendidas las restantes posiciones acreedoras vencidas que el banco tenía frente a la ahora concursada, dicho banco no otorgó ninguna otra financiación a esta entidad.

[...]

Por lo tanto, por haber resultado perjudiciales para la masa activa, en el sentido de que supusieron una quiebra de la igualdad de trato entre los acreedores o par conditio creditorum conforme a la doctrina del TS (STS nº 170/2021), y también por haber defraudado la finalidad de los avales del Estado previstos por el Real Decreto Ley 8/2020, han de ser rescindidos los abonos de 148.138,97 euros para cancelar el saldo acreedor de una póliza de crédito, de 2.130,85 euros para abonar los intereses acreedores de la misma póliza de crédito, así como los pagos que alcanzaron el importe conjunto de 47.208,92 euros, con el objeto de abonar cuotas de hasta seis contratos de leasing y tres contratos de préstamo.

Lo anterior implica la necesidad de que BBVA reintegre a la masa activa la cantidad total de 197.478,74 euros, que es la reclamada en la demanda incidental.»

FORMULARIOS

Demanda de nulidad de los avales ICO COVID-19 por vicio del consentimiento TOL9873195

Contestación a la demanda con reconvencción para nulidad de la cláusula de aval personal de ICO COVID-19 por error vicio del consentimiento. TOL9884803

Demanda de nulidad de cláusula abusiva sobre un aval personal de ICO COVID-19 . TOL9884805

Contestación a la demanda de juicio con reconvencción por abusividad de la cláusula de aval personal de ICO COVID-19. TOL9884806

Consultas

18.12.2023. Posición del ICO en el préstamo COVID. TOL9.827.544

06.04.2023. Oposición ejecución préstamo ICO. TOL9.517.628

21.03.2023. Préstamo ICO COVID 19. TOL9.493.236

21.12.2022. Préstamos empresariales e ICO. TOL9.357.680

01.02.2022. Consideración de consumidor de un autónomo. TOL8.811.419

Bibliografía

Capítulo 5. Legislación con COVID 19: la empresa familiar ante la moratoria concursal, los préstamos ICO, la cláusula rebus sic stantibus, ertes y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. TOL8.899.587 | Fecha : 21/02/2022

Nota Resumen GPS Consursal: Línea de avales del ICO para empresas y autónomos, para paliar los efectos económicos del COVID-19. TOL7.832.470 | Fecha: 25/03/2020

Cañizares Laso, A. (2023) “Comentarios al Código Civil 5 Tomos 2023.” Tirant lo Blanch.
Available at: <https://www.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411692052>

Cedeño Hernán, M. (2023) “Protección de los consumidores, cláusulas abusivas y poderes de dirección del juez en el Proceso Civil.” Tirant lo Blanch.

Available at: <https://www.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411974554>

Fortea Gorbe. J. L. and Blanco García Lomas, L. (2022) “Retos empresariales en la postpandemia.” Tirant lo Blanch.

Available at: <https://www.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411139984>

