



Roj: **AAP B 1456/2015 - ECLI: ES:APB:2015:1456A**

Id Cendoj: **08019370132015200160**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **13**

Fecha: **22/10/2015**

Nº de Recurso: **115/2015**

Nº de Resolución: **315/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JUAN BAUTISTA CREMADES MORANT**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

Sección 13

Rollo n. 115/2015 - 5ª

A U T O N U M . 3 1 5 / 2 0 1 5

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. JOAN CREMADES MORANT

MAGISTRADOS

Dª. ISABEL CARRIEDO MOMPIN

Dª. M. ANGELS GOMIS MASQUE

D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL

Dª. M. PILAR LEDESMA IBAÑEZ

En Barcelona, a veintidos de octubre de dos mil quince

VISTOS ante la Sección Decimotercera de esta Audiencia Provincial, en apelación admitida a la parte demandada y procedente del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA 4 DE MARTORELL, dimanante de ejecución de títulos no judiciales 969/2010 seguidos a instancia de BANCO ESPIRITO SANTO, SUCURSAL EN ESPAÑA contra Crescencia , Leovigildo , Obdulio y Flora .

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia 4 de Martorell en autos de ejecución de títulos no judiciales 969/2010 promovidos por BANCO ESPIRITO SANTO, SUCURSAL EN ESPAÑA contra Crescencia , Leovigildo , Obdulio y Flora se dictó auto con fecha 16 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

"DISPONGO: Desestimar la oposición formulada por Leovigildo , Flora , Obdulio y Crescencia , condenándoles en costas por el presente incidente de oposición y mandando que la ejecución siga adelante".

SEGUNDO.- Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y admitido el mismo, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo traslado a la parte contraria, y se siguieron los trámites legales y tuvo lugar la celebración de la votación y fallo el día señalado.

TERCERO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JOAN CREMADES MORANT



RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Por el BANCO ESPIRITU SANTO SA se insta la ejecución de una *póliza de fianzamiento mercantil* del contrato de arrendamiento financiero concertado con la entidad ARTES GRÀFICAS GUTEMBERG SA frente a D. Leovigildo , Flora , Obdulio , Crescencia , D. Victorio y D^a Paulina , en reclamación de 321.147'23 €, por rentas y cantidades asimiladas impagadas por la entidad deudora hasta la fecha de la resolución del contrato , así como una parte de la indemnización pactada en el contrato para el caso de resolución (tras moderación pactada con la propia deudora principal), más otros 96.300 € presupuestados para intereses y costas, sin perjuicio de ulterior liquidación.

Los cuatro primeros ejecutados, antes mencionados, instaron incidente extraordinario de oposición por existencia de cláusulas abusivas en el título que fundamentan la ejecución, al amparo de la DT 4^a DE LA Ley 1/2013 , alegando su condición de **consumidores** y usuarios, conforme al art. 3 del RDL 1/2007, TRLGDCU y otras leyes complementarias, al ser el fianzamiento, ajeno a su actividad, tratarse las viviendas embargadas las viviendas habituales de los mismos, alegando como cláusulas abusivas (1) la de intereses moratorios (que ya se aplican sobre una penalización de 321.147'23 €) estipulados y aplicados, del 18 y del 29 % (según el acta de liquidación del saldo) y, subsidiariamente se reclaman unos intereses del 29% cuando se pactaron al 18%, (2) la de liquidación de la deuda, al hacerse aplicando los intereses del 29%, (3) nulidad de la cláusula 3^a respecto de la actuación unilateral de la acreedora para pignorar o apoderarse de cualquier saldo o valor mobiliario, con independencia de que se esté o no al corriente del pago.

Por auto de 6.11.2014, partiendo de que los ejecutados no son **consumidores** o usuarios y de que no es de aplicación la LCGC, desestima la oposición con imposición de las costas a los ejecutados. Frente a dicha resolución se alzan éstos, por entender que: 1) procede el examen de las cláusulas abusivas aún en el supuesto de que no fueran **consumidores**, en base a la DT 4^a Ley 1/2013 y el apartado 3 del art. 7 de la LCGC, máxime cuando las cláusulas generales fueron redactadas por el Banco; 2) reitera la nulidad de las cláusulas de interés moratorio, e insiste en la contradicción existente al fijarse en el 18 y 29%, éste fijado en el arrendamiento financiero, no suscrito por los ejecutados (ni en ningún otro documento), constando en la póliza de fianzamiento el 18%; aparte de que en el expediente previo no se prevé la aplicación de intereses de demora; 3) en todo caso, del 18 o del 29, los intereses son abusivos, y, por ello, nulos.

SEGUNDO .- Conviene partir de una serie de datos obrantes en las actuaciones: 1) En 8.7.2009 la entidad ARTES GRÀFICAS GUTEMBERG SA, como arrendataria financiera, suscribió con el BANCO ESPIRITU SANTO SA, Sucursal en España, una póliza de arrendamiento financiero mobiliario (máquina de artes gráficas "Akiyama"), cuyo contrato fue fianzado solidariamente por los ejecutados, en virtud de póliza de fianzamiento mercantil, del contrato de arrendamiento financiero 2) La referida entidad arrendataria fue declarada en concurso de acreedores en 13.6.2010, autos 508/2010, ante el Juzgado Mercantil 3 de Barcelona; la deuda total derivada de su contrato quedó fijada en 321.147'23 €, a fecha 29.9.2010 (acta notarial de 7.10.2010). 3) Por la ejecutante se requirió de pago a los referidos ejecutados

TERCERO .- Por de pronto, los ejecutados no ostentan la condición de **consumidor** (son fiadores de una operación otorgada por tercero, no se trata de ejecución hipotecaria en base a hipoteca destinada a la adquisición de vivienda habitual,), por lo que no resulta aplicable la batería de normas sobre **consumidores** en el caso de préstamo concedido a la entidad mercantil prestataria, sin constar el destino del mismo a actividades ajenas a su actividad empresarial, ni la doctrina desarrollada en aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5.4.1993, sobre las "cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**" (así, normas como el TRLGDCU 1/2007 - art. 3 - o la Directiva correspondiente, ni la LCGC 7/1998 de 13 de abril - en cuyo art. 2.1 LCGC se establece que: "la presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional, predisponente, y cualquier persona física o jurídica, adherente" o sobre el crédito al Consumo): el ejecutado comparecido son avalistas solidarios de la entidad prestataria (obligación accesoria del préstamo obligación principal, siguiendo aquella el régimen de éste) de las obligaciones asumidas por la entidad prestataria, **sociedad** mercantil, que destina el dinero a integrarlo en su proceso de explotación y actividad productiva (no constando que fuera destinado a otros fines ajenos a su tráfico), aparte de que no puede, a la vez, la misma operación, sujetarse a la normativa de **consumidores** para los avalistas y no para la prestataria; la naturaleza de la obligación no se desnaturaliza en función de que el fiador, ahora ejecutado, sea una persona física; no es **consumidor** a los efectos de este contrato de préstamo.

Conviene traer a colación la SAP de Córdoba de 24 de abril de 2015 , en la que se niega - lo que se comparte - que una persona física **avalista** de una entidad tenga la condición de **consumidor** a los efectos de invocar cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria; dice la sentencia que "la cuestión exclusivamente se centra en determinar, si la fiadora doña Marisol puede invocar en este tramite procesal la nulidad de las cláusulas antes indicadas y, en su caso, si procede la aplicación de la disposición transitoria segunda de Ley 1/13 (limitación de intereses



de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el art. 114 L.H . y correspondiente recálculo). Tengase en cuenta que ambas pretensiones (declaración de abusividad y recálculo) exigen como denominador común, que la apelante doña Marisol legalmente merezca en relación al contrato que nos ocupa la condición de consumidora, pues (abstracción hecha de que la afirmación de que la finca hipotecada constituye la vivienda habitual de doña Marisol esta en contradicción con los extremos antes marcados que constan en la propia escritura y nada ha acreditado la eventual realidad actual de lo afirmado) este es el sentido palmariamente implícito en la interpretación conjunta que debe hacerse del citado art. 114 L.H . y la referida Disposición transitoria segunda, y este es el alcance subjetivo, tal y como acertada y motivadamente expresa la resolución apelada, que merece el concepto de clausula contractual abusiva que se refiere en el art. 695-1-4º de Lec ., norma que precisamente nos remite a la realidad procesal de autos con independencia, tal y como de forma igualmente acertada expresa la resolución apelada, del juicio ordinario sobre nulidad de condición general que pudiera interponerse -tanto por **consumidor** o no- ante el Juzgado de lo Mercantil"

CUARTO .- En relación al concepto de **consumidor**, además de recordar que la Directiva 93/13, de la que trae causa esta doctrina, define como **consumidor**: " *toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*" - art. 2.b -, es oportuno traer a colación la STS de 18.6.2012 que, al respecto, declara : "hay que señalar, en términos generales, que la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto - LGDCU -, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de **consumidor**, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la *Ley General de 1984 (artículos 1 , 2 y 3)*; combinándose de esta forma un criterio positivo de **consumidor** como "destinatario final", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado". En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (párrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la *fórmula de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados"*. Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a las propias necesidades del consumo privado de un individuo" (*SSTJ CE de 17 de marzo 1998 , 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005*). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de "destinatario final" antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con "el consumo familiar o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" (*SSTS 18 de julio de 1999 , 16 de octubre de 2000, nº 992, 2000 , y 15 de diciembre de 2005 , nº 963, 2005*)." Y en el supuesto de autos, dicha normativa no resulta de aplicación. Así es, a) el prestatario en la póliza que se ejecuta es una entidad mercantil, ARTES GRÁFICAS GUTEMBERG SA (que no puede ser **consumidor** ni usuario) y el contrato se celebra en el ámbito de su tráfico mercantil (adquisición/arrendamiento financiero de un bien de equipo - máquina de impresión de artes gráficas - incorporado a su cadena de producción, con opción de compra); b) los demandados son fiadores personales solidarios del arrendamiento financiero, y el título ejecutivo es la póliza de afianzamiento de carácter mercantil (acompañada de la certificación de saldo deudor), reclamándose, básicamente, el importe de las rentas impagadas por la deudora hasta la resolución del contrato de arrendamiento financiero; dichos fiadores ostentaban, directamente o a través de terceros, el capital social (no se les presta - no son "**consumidores** - directamente ningún servicio); c) no se trata de una ejecución hipotecaria para la adquisición de una vivienda habitual, sino de una fianza efectuada en el marco de una contratación mercantil, obligación accesoria (del arrendamiento financiero que asimismo se aporta, para completar el título ejecutivo); d) su condición *accesoria* al contrato principal, motiva que *su situación sigue el carácter de éste y la fianza no supone una alteración de la naturaleza del negocio del que es **accesorio*** . Es decir, en el momento en que una persona se introduce como fiadora solidaria en un negocio de carácter mercantil al que no resulta de aplicación la normativa de protección al **consumidor**, el fiador solidario entra a formar parte del mismo, sin que en ese momento goce de la condición de **consumidor** (recordemos: es **consumidor** la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad, empresarial o profesional, conforme al art. 3 TRLGDCU).

QUINTO .- Abundando en lo expuesto, la STS 30.4.2015 declara que " *La normativa contenida en la Ley 7/1998, de 13 abril, de Condiciones Generales de la Contratación, es aplicable a todas las condiciones generales, se encuentren en contratos concertados con **consumidores** o en contratos en los que ninguna de las partes merece esta consideración.*

Pero dicha ley no establece un régimen uniforme para unas y otras. Mientras que *las normas relativas a la incorporación (art. 5 y 7) y a la interpretación de las condiciones generales (art. 6) son aplicables a todo tipo de condiciones generales*, el régimen de la *nulidad de las condiciones generales es diferente* según que el contrato en el que se integren se haya celebrado o no con un **consumidor**"



Mientras que (a) en el caso de que el adherente no merezca la calificación legal de **consumidor** o usuario, *solo es aplicable la regla contenida en el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , que se limita en la práctica a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva del Código Civil*, en el caso de que (b) el contrato integrado por condiciones generales se haya concertado con un **consumidor**, es aplicable el régimen de nulidad por abusividad, establecido actualmente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos concertados con **consumidores** (conforme al art. 82 de dicho Texto Refundido establece que «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas 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»).

Consecuentemente: (1) *en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de **consumidor** o usuario, esto es, cuando este se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente. No son aplicables las consecuencias de su nulidad establecen los artículos 82 y 83 del Texto Refundido de 2007, pues solo en relación a **consumidores** cabe hablar de cláusulas abusivas.* (2) *en nuestro ordenamiento jurídico las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de **consumidor** o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas , por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1255 del Código Civil , y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación .*

En definitiva, un contrato, aun integrado por condiciones generales, en el que el adherente no ostenta la condición de **consumidor**, queda excluido del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los **consumidores**, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, y se debe aplicar el régimen general del contrato por negociación. Ello porque lo relevante para controlar el contenido de las condiciones generales impugnadas en este litigio no es solamente si el contrato es o no de adhesión, sino si, una vez determinado que las cláusulas no han sido negociadas individualmente, el adherente tiene la consideración legal de **consumidor** o usuario; porque el régimen de nulidad, por abusividad, de las cláusulas no negociadas individualmente, es aplicable únicamente a los **consumidores** y usuarios."; porque, ni la entidad "arrendataria" ni su fiadora, tienen la condición de **consumidores**, y por ello no pueden serles aplicados la legislación, doctrina y jurisprudencia tuitivas de los **consumidores**.

Como recuerda la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo , en su fundamento jurídico 233 c), el control de abusividad únicamente puede referirse a contratos celebrados con **consumidores** y no puede extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Igualmente, la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con **consumidores**, pero añade: "El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los **consumidores**. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el **consumidor** se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual. Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios". Y añade: "En este sentido, sólo cuando exista un **consumidor** frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley".

Es decir, cuando la Ley se refiere a cláusulas abusivas únicamente está remitiendo a las condiciones generales o a las cláusulas predisuestas que se incluyen en contratos celebrados con **consumidores**. Ello no quiere decir que los no **consumidores** no puedan defenderse frente a condiciones generales que incumplan los requisitos legales de incorporación, transparencia y contenido, pero tendrán que hacerlo recurriendo a las normas generales de nulidad contractual, en el procedimiento declarativo correspondiente.

En conclusión, el control de incorporación de las condiciones generales (que conforme al fundamento jurídico 201 de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo , se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea **consumidor** o no) no puede hacerse a través del incidente extraordinario de oposición previsto en el art. 695.1.4ª de la LEC , por lo que el recurso ha de ser desestimado.



SEXTO .- Teniendo en cuenta que la única prueba practicada en la instancia es la documental aportada con los escritos de demanda y de contestación que como tal no se impugna en el acto de audiencia previa, ni se alega error o falta de apreciación o valoración de la prueba, insistiendo en la aplicabilidad de determinadas normas y en la nulidad por abusivas de determinadas cláusulas, esta Sala, al igual que en la resolución recurrida, considera que, sin duda, el contrato de fianza en atención al cual se pretende la existencia de la obligación de pago del demandado está ligada al contrato de leasing: ante la existencia de tal relación contractual de carácter **accesorio** al contrato de leasing, y en virtud de la cual la parte demandada asume, dentro de los límites pactados, el cumplimiento de las obligaciones de la parte arrendataria, y dado el carácter **accesorio** del contrato de fianza, que sigue en todo a la obligación principal, el fiador mantiene una misma posición que el deudor principal, no siendo admisible que en un mismo contrato con deudores solidarios se apliquen normativas distintas según la condición de los obligados (deudor principal o fiador)

Por otra parte, la exigibilidad al fiador del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor principal, lo es independientemente de que no se haya reclamado en primer lugar a éste, pues el afianzamiento lo fue con carácter solidario y con renuncia a los beneficios de orden, división y previa excusión (art. 1822 y ss Cº Civil) y en modo alguno, se anula porque no conste un requerimiento de pago previo al proceso,

Por tanto, estando ante un contrato de fianza válido debemos analizar si como pretende la parte demandada el contrato de leasing contiene alguna cláusula abusiva o no, para lo cual es condición sine qua non que la deudora (y ello arrastra la condición del fiador, pues, como se ha razonado, lo que se garantiza es la obligación contractual) ostente la condición de consumidora, entendiendo la Sala que con los datos que obran en autos no podemos concluir que lo sea, según lo expuesto en los fundamentos 2º y 3º de esta resolución, debiendo haber acreditado lo contrario los demandados, y si no puede hablarse de la condición de consumidora de la arrendataria mal puede serlo el fiador, por lo que la sentencia de instancia es ajustada a derecho no solo cuando *no analiza si las cláusulas reguladoras de los intereses de demora y de la indemnización pactada para el supuesto de resolución del contrato por incumplimiento imputable a la arrendataria son abusivas o no, pues no pueden considerarse desde la perspectiva de la protección del derecho de **consumidores** ni desde el control de transparencia de las condiciones generales de la contratación al no ser consumidora la arrendataria, sino también, cuando estima que no puede por ello valorar si se da alguna vulneración de la ley 7/1998 de 13 de abril reguladora de las condiciones de las contratación.* El hecho de que el mismo contenga condiciones generales de contratación, no supone nulidad alguna, pues es una forma de contratación, y se ha de estar al caso concreto lo que supone la oportuna alegación y prueba correspondiente.

SEPTIMO .- En particular, y en relación a los *intereses*, aunque rige también el principio de libertad de pactos y por ello de libertad para su fijación, estaría limitada tal libertad por las normas contenidas en la Ley sobre Represión de la Usura, no invocadas en este caso y que, desde luego, según lo actuado, no serían aplicables". Y, por tanto, no puede declararse la cláusula del interés moratorio como abusiva. Si el ejecutado no es "**consumidor**" a efectos de aplicación del TRL 1/2007, resulta válida la cláusula de interés moratorio asumida contractualmente, tanto por el deudor principal como por los avalistas en el contrato de arrendamiento financiero (29 %) y consta la aplicación de los pactados; una cosa son los intereses de la cuenta especial abierta al fiador para el caso de compensación con posiciones que pudiera mantener el BANCO (estipulación 3ª y 5ª de la póliza de afianzamiento) y pudieran aplicarse al pago de la *deuda afianzada* (18%) y otra los de demora pactados en el arrendamiento financiero con la entidad deudora "principal"; además, se aplican sobre la indemnización por incumplimiento del arrendamiento, reconocida incluso en el concurso de acreedores de ésta, y confirmaba como suma adeudada a efectos del despacho de ejecución. Aparte de ello, no se ha aplicado - en la certificación del saldo deudor - interés alguno, por lo que mal puede anularse la liquidación por aplicarse un interés abusivo.

Consecuentemente, con desestimación del recurso, procede la íntegra confirmación de la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la apelante, al no apreciarse serias dudas de hecho ni de derecho sobre la cuestión debatida (arts. 398.1 en relación con el 394.1 LEC).

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por D. Leovigildo , Flora , Obdulio , Crescencia , contra el auto de 6.11.2014 dictado en las actuaciones de que este rollo dimana, CONFIRMAMOS dicha resolución, con expresa imposición de las costas a los apelantes.

Firme esta resolución expídase testimonio de la misma que se remitirá al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

Así por esta resolución, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Doy fe.