



Roj: **AAP L 118/2021 - ECLI:ES:APL:2021:118A**

Id Cendoj: **25120370022021200040**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lleida**

Sección: **2**

Fecha: **16/03/2021**

Nº de Recurso: **1207/2019**

Nº de Resolución: **55/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **BEATRIZ TERRER BAQUERO**

Tipo de Resolución: **Auto**

**Sección nº 02 de la Audiencia Provincial de Lleida. Civil**

Calle Canyeret, 1 - Lleida - C.P.: 25007

TEL.: 973705820

FAX: 973700281

EMAIL:aps2.lleida@xij.gencat.cat

N.I.G.: 2520742120188098827

**Recurso de apelación 1207/2019 -A**

Materia: Procedimiento Ordinario

**Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Solsona**

**Procedimiento de origen:Incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo 171/2018**

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 2206000012120719

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 02 de la Audiencia Provincial de Lleida. Civil

Concepto: 2206000012120719

Parte recurrente/Solicitante: Eva , Argimiro

Procurador/a: Isidre Genesca Llenes, Mª Carmen Sepulveda Nieto, Mª Carmen Sepulveda Nieto

Abogado/a: ROSSEND MUJAL ALSINA

Parte recurrida: BANCO DE SABADELL SA

Procurador/a: Mª Isabel Perez Martinez

Abogado/a: Faisal Mohamed Benaisa

**AUTO Nº 55/2021**

**Presidente:**

Ilma. Sra. Mª Carmen Bernat Álvarez

**Magistradas:**

Ilma. Sra. Ana Cristina Sainz Pereda

Ilma. Sra. Beatriz Terrer Baquero



Lleida, 16 de marzo de 2021

**Ponente:** Beatriz Terrer Baquero

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** En fecha 2 de diciembre de 2019 se recibieron los autos de Incidente de oposición a la ejecución nº 171/2018 remitidos por la Sección Civil del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Solsona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Isidre Genesca Llenes, en nombre y representación de Eva y Argimiro, que tienen concedido el beneficio de justicia gratuita, contra el Auto de fecha 26/06/2019 y en el que consta como parte apelada el Banco de Sabadell, S.A. que no se ha personada en este rollo.

**SEGUNDO.** El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"DISPONGO: La **desestimación íntegra de la oposición a la ejecución** formulada por la Procuradora Sra. Sepúlveda, en la representación acreditada, y en consecuencia DECLARO PROCEDENTE QUE LA EJECUCIÓN SIGA ADELANTE, en los términos del **Auto de fecha 3 de octubre de 2018** por el que se despachaba ejecución, con la imposición de las costas causadas en este incidente a la parte ejecutada. [...]"

**TERCERO.** El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 16/03/2021.

**CUARTO.** En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada Beatriz Terrer Baquero.

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** El Auto nº 112 de 26 de junio de 2019 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Solsona resuelve la Oposición a la Ejecución Hipotecaria nº 171/2018, desestimando la oposición formulada por los fiadores solidarios a los que se les notificó la demanda conforme al art. 685.5 LECivil, Sra. Eva y Sr. Argimiro, que invocan la concurrencia de cláusulas abusivas, apreciando que no estamos ante un contrato de consumo puesto que se suscribió con una sociedad mercantil, y por tanto las cláusulas no pueden considerarse abusivas, refiriéndose específicamente a la validez de la cláusula de vencimiento anticipado. Desestimando íntegramente la oposición a la ejecución hipotecaria y acordando que la ejecución continúe el trámite.

El recurso de apelación se formula por los Srs. Eva y Argimiro, invocando la incongruencia del Auto apelado al no contener razonamientos que desvirtúen las alegaciones del escrito de oposición a la ejecución referentes a la aplicación de la Ley 1/1998 de CGC, sino que simplemente se desestima la oposición por considerar que la prestataria no es consumidora. Asimismo, se indica que el Auto resuelve expresamente que la cláusula de vencimiento anticipado no es nula, pero no se refiere a las restantes cláusulas impugnadas. Reiterándose las alegaciones sobre la falta de cumplimiento de las normas de la LGDCU y los art. 1258 CCivil y 57 CCom sobre la buena fe contractual. Igualmente se argumenta que los fiadores son personas físicas que actuaron fuera del ámbito de la Sociedad y por tanto deben ser considerados como consumidores, aplicándoles la LGDCU, y se reiteran los argumentos sobre el carácter abusivo de las distintas cláusulas impugnadas en el escrito de oposición a la ejecución. Solicitando la revocación del Auto de instancia, estimándose la oposición a la ejecución y ordenándose el sobreseimiento de la misma.

La parte ejecutante, BANCO DE SABADELL SA, se opone al recurso, argumentando la falta de legitimación pasiva de los fiadores solidarios apelantes, por cuanto no son propiamente ejecutados sino que solo se les ha notificado la ejecución, y por tanto no pueden actuar como tales ejecutados ni oponerse a la ejecución. En cuanto al fondo, se argumenta que no son consumidores y por ello no procede la aplicación de la normativa de protección de los consumidores.

**SEGUNDO.** En primer lugar, habiéndose opuesto al recurso de apelación por la Entidad bancaria ejecutante la falta de legitimación de los apelantes en cuanto fiadores solidarios del préstamo objeto de la ejecución hipotecaria, sosteniendo que no tienen la condición de ejecutados y que solo se les ha notificado la demanda a los efectos de poder continuar la ejecución posteriormente, por los trámites del art. 579 LECivil, de modo que tampoco están legitimados para formular la oposición a la ejecución hasta que la misma no se dirija contra ellos, ni para interponer el correspondiente recurso de apelación, debemos efectuar las siguientes consideraciones.



De un lado, en cuanto a la condición de los fiadores de un préstamo garantizado por hipoteca (en la gran mayoría de ocasiones, fiadores solidarios) a los que se les notifica la demanda inicial ( art. 685.5 LECivil) mientras se tramita el proceso de ejecución hipotecaria, ejercitándose la acción real contra la garantía inmobiliaria, la doctrina mayoritaria recogida en diversa jurisprudencia de las Audiencias viene considerando que carecen de la condición de ejecutados mientras no se realice la finca y sea preciso continuar la ejecución para la satisfacción del crédito del acreedor por los trámites del art. 579 LECivil ejercitando ya la acción personal derivada del contrato de préstamo, apreciando que no cabe la acumulación de la acción real y la acción personal en un mismo procedimiento. Este también es el criterio que hemos mantenido en esta Sala Civil de la Audiencia de Lleida, y así podemos citar nuestros Autos nº 6 de 12 de enero de 2017 ( rec. 845/2016) y nº 40 de 15 de febrero de 2017 ( rec. 813/2015), en los que se exponen las diversas tesis y sus argumentos.

De otro lado, no podemos olvidar que es claro que el fiador (y más si tiene la condición de fiador solidario) tiene interés en la ejecución hipotecaria por cuanto, aunque esta no puede dirigirse contra él, si con la realización del inmueble hipotecado no se obtienen suficientes recursos para pagar la deuda, el fiador deberá responder. De hecho, el art. 685.5 LECivil prevé que se le notifique la demanda inicial para luego poder continuar con el trámite del art. 579 LECivil. De modo que al fiador le interesa que el procedimiento se desarrolle de forma regular y que se obtenga la mayor cantidad de dinero posible por la realización del bien hipotecado para hacer frente a la deuda. Por lo que, en su caso, es posible que quiera intervenir en dicho procedimiento y oponerse a la ejecución hipotecaria si considera que concurren causas para hacerlo y, especialmente, si el deudor principal ejecutado permanece en una actitud pasiva.

No obstante lo anterior, si partimos de la tesis de considerar que un fiador no está legitimado pasivamente en un proceso de ejecución hipotecaria, conforme al tenor del art. 695 LECivil, la consecuencia parece que será que tampoco los fiadores están legitimados para oponerse durante el proceso de ejecución hipotecaria, sino que, en su caso, deberán esperar a que el procedimiento prosiga por los trámites del 579 LECivil, ya como ejecución de la acción personal, en la que sí que tendrán la condición de ejecutados y podrán formular la oposición oportuna. Y en este sentido, también la mayoría de las Audiencias que sigue la tesis de que los fiadores no tienen legitimación pasiva en un proceso de ejecución hipotecaria, no admite que los fiadores formulen oposición a la ejecución hipotecaria; con ese criterio cabe citar el reciente Auto de la AP de Tarragona, sección 3, nº 214 del 25 de junio de 2020 (rec. 231/2020) que expone pormenorizadamente esta posición doctrinal, con cita de las diferentes Audiencias que la siguen: AAP de Valencia, sección 9, del 17 de julio de 2018 (ROJ: AAP V 3253/2018 - Sentencia: 427/2018 Recurso: 131/2018), AAP de Burgos, sección 3 del 2 de mayo de 2018 (ROJ: AAP BU 597/2018 - Sentencia: 140/2018 Recurso: 196/2017), AAP de Girona, sección 1, del 20 de febrero de 2018 (ROJ: AAP GI 40/2018 Sentencia: 31/2018 Recurso: 761/2017), AAP de Huelva, sección 2, del 21 de octubre de 2019 (ROJ: AAP H 634/2019 - Sentencia: 310/2019 Recurso: 641/2019), o AAP de Navarra, sección 3, del 6 de junio de 2018 (ROJ: AAP NA 253/2018 - Sentencia: 158/2018 Recurso: 226/2018).

Sin embargo, también hay Salas Civiles, como la sección 13 de la AP de Barcelona que, aunque estiman que los fiadores no tienen legitimación pasiva o la condición de ejecutado en la ejecución hipotecaria, sí que admiten que puedan formular oposición a la ejecución por el trámite del art. 695 LECivil, con fundamento en la previsión del art. 13 LECivil sobre la intervención voluntaria, al apreciar que los fiadores tienen un interés directo y legítimo en el resultado de dicho proceso de ejecución, más considerando que precisamente en estos casos se les notifica la demanda inicial conforme al art. 685.5 LECivil. Así, podemos citar los Autos AP de Barcelona, sección 13, nº 357 de 19 de noviembre de 2020 (rec. 1351/2016), y nº 29 de 19 de febrero de 2018 (rec. 350/2017).

En todo caso, en supuesto que nos ocupa, debemos considerar que, notificada la demanda inicial a la Sra. Eva y al Sr. Argimiro, que aparecen como fiadores solidarios en el préstamo hipotecario de autos, los mismos se personan en la ejecución hipotecaria invocando su condición de consumidores y formulan oposición a la ejecución precisamente para alegar que el contrato contiene cláusulas abusivas, y nulas, interesando la tutela judicial al amparo de la legislación de protección de los consumidores. Y en el ámbito de la protección de los consumidores es doctrina jurisprudencial comunitaria constante la que obliga al control incluso de oficio de las cláusulas abusivas en cualquier momento procesal, con el único límite del respeto al principio de la fuerza de la cosa juzgada (en este sentido, STJUE de 26 de enero de 2017, Asunto C-421/14).

Atendidos los argumentos expuestos, estimamos que la falta de legitimación pasiva o de la condición de ejecutados en la ejecución hipotecaria de los fiadores solidarios, no obsta a que, como sucede en este caso, puedan personarse en el procedimiento, invocando su condición de consumidores y formulando oposición a la ejecución hipotecaria. Por lo que procederá entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por dichos fiadores.

**TERCERO.** Por lo que se refiere a los motivos del recurso invocando la existencia de cláusulas abusivas, en primer término, tal y como se pone de relieve en el Auto de instancia, cuando se formula la oposición a la ejecución hipotecaria fundada en la concurrencia de cláusulas abusivas para con los consumidores ( art. 695.1,



4ª LECivil), el presupuesto básico y esencial para la aplicación de la normativa protectora de los consumidores es que estemos ante un contrato celebrado con un consumidor.

En la Resolución recurrida se da respuesta a esta cuestión sobre la posible condición de consumidora de la ejecutada y deudora principal CAL JAUME DE SOLSONA SL, sin que las conclusiones del juzgador de instancia, que aprecia que CAL JAUME DE SOLSONA SL actuó en el ámbito de su actividad empresarial o profesional, resulten desvirtuados por las alegaciones de la parte apelante.

En este ámbito, de un lado, debemos considerar que el criterio que hemos venido manteniendo (entre otros, Sentencia nº 198 de 22 de abril de 2020, rec. 14/2019, y Autos nº 78 de 8 de mayo de 2020, rec. 70/2019, nº 288 de 18 de noviembre de 2019, rec. 819/2018, y nº 83 de 3 de abril de 2019, rec. 169/2018), es el de que quien pretende hacer valer la condición de consumidor es quien tiene la carga de acreditarlo cumplidamente, con fundamento en las reglas generales del art. 217 LECivil así como en la facilidad probatoria.

De otra parte, por lo que respecta a la configuración de la condición de consumidor, el art. 3 TRLGDCU aplicable al contrato de autos establece el "Concepto general de consumidor y de usuario" indicando que " A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", y en cuanto al "Concepto de empresario" el art. 4 prevé que " A efectos de lo dispuesto en esta norma , se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada".

La STS nº 230 de 11 de abril de 2019 (rec. 3649/2016), que hemos seguido en nuestra Sentencia nº 198 de 22 de abril de 2020 (rec. 14/2019), se refiere en su Fundamento Tercero a la condición legal de consumidor y a la interpretación que debe dársele, explicando respecto al art. 3 del TRLGDCU que " Este concepto de consumidor procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGDCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición no han quedado incluidas en el texto de 2007. Por ello, el TRLGDCU abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía en la LGCU de 1984, para adoptar el de la celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

No obstante, aunque en la fecha de celebración del contrato litigioso el criterio era el del destino final y no el de la actividad profesional, que se introdujo en el TRLGDCU unos meses después, la jurisprudencia comunitaria ya aplicaba este último criterio (verbigracia, SSTJCE de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95 ; y de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01 ).

Por lo que, como dijimos en la sentencia 356/2018, de 13 de junio , el art. 1 LGCU debe ser interpretado a la luz de esa jurisprudencia comunitaria anterior a la promulgación del TRLGDCU, conforme al principio de primacía del Derecho de la Unión ( sentencia del Tribunal Constitucional 75/2017, de 19 de junio , que contiene una amplia cita jurisprudencial al respecto, tanto del propio TC, como del TJUE)..."

Y continúa diciendo: " 3.- La STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems ), resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece las siguientes pautas:

(i) El concepto de "consumidor" debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

(ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

(iii) Dado que el concepto de "consumidor" se define por oposición al de "operador económico" y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de "consumidor".

(iv) Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera



considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.

Criterios que han sido reiterados recientemente por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg- Wolfsberg eGen), que en relación con la materia litigiosa expresa:

"El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 29 y jurisprudencia citada).

"Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 30 y jurisprudencia citada).

"Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95, EU:C:1997:337, apartado 17)".

4.- Este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala en sus últimas resoluciones, como por ejemplo las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; 224/2017, de 5 de abril; 594/2017, de 7 de noviembre; y 356/2018, de 13 de junio."

Conforme a las consideraciones expuestas, compartiendo las conclusiones del Auto apelado, debemos descartar que el contrato de préstamo hipotecario de 4 de marzo de 2011, formalizado por una sociedad mercantil y constituyéndose la garantía real sobre un local comercial adquirido el mismo día, sea un contrato de consumo.

Sin perjuicio de lo anterior, dado que la alegación de la abusividad de las cláusulas contractuales se formula por quienes aparecen como fiadores solidarios del contrato, y que son unas personas físicas, Sra. Eva y Sr. Argimiro, debe hacerse referencia al Auto TJUE de 19 de noviembre de 2015, Asunto C-74/15, en cuyo Fundamento 16 se plantean las cuestiones prejudiciales referentes a si "1) ¿Debe interpretarse el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, sobre la definición de "consumidor", en el sentido de que incluye o, por el contrario, de que excluye a las personas físicas que firmaron, en calidad de fiadores garantes, apéndices y contratos accesorios (contratos de fianza o contratos de garantía inmobiliaria) al contrato de crédito celebrado por una sociedad mercantil para el desarrollo de su actividad, siendo así que dichas personas físicas carecen de relación con la actividad de la sociedad mercantil y actuaron con un propósito ajeno a su actividad profesional? 2) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 93/13 en el sentido de que en el ámbito de aplicación de esta Directiva sólo están comprendidos los contratos celebrados entre comerciantes y consumidores que tienen por objeto la venta de bienes o la prestación de servicios, o de que también están comprendidos en su ámbito de aplicación los contratos accesorios (contrato de garantía o contrato de fianza) a un contrato de crédito cuyo beneficiario es una sociedad mercantil, celebrados por personas físicas que carecen de relación con la actividad de dicha sociedad mercantil y que actuaron con un propósito ajeno a su actividad profesional?".

Resolviendo el TJUE que es posible considerar al fiador como consumidor cuando se trate de personas desvinculadas con la actividad mercantil a la que se refiere el contrato principal, expresando: "26 En cuanto a si puede considerarse "consumidor", en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, una persona física que se compromete a garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a una entidad bancaria en el marco de un contrato de crédito, procede señalar que si bien tal contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que garantiza [véase, en el contexto de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DO L 372, p. 31), la sentencia Dietzinger, C- 45/96, EU:C:1998:111, apartado 18], se presenta como un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Por tanto, la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza.



27 A este respecto, procede recordar que el concepto de "consumidor", en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo (véase la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21). Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión.

28 Corresponde al juez nacional que conozca de un litigio relativo a un contrato que pueda entrar dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas, si el contratante de que se trata puede calificarse de "consumidor" en el sentido de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartados 22 y 23).

29 De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o si actuó con fines de carácter privado.

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

A este concepto de vínculo funcional con respecto a la gerencia de la sociedad mercantil se refiere la STS nº 314 de 28 de mayo de 2018 (rec. 1913/2015) indicando que " Con el término "gerencia" que utiliza el TJUE debemos entender cualquier modalidad de administración de la sociedad, por lo que, en cualquier modalidad de sistema de administración, quien participa directamente en la toma de decisiones de la empresa tiene vínculo funcional con ella. Es decir, a estos efectos, todos los administradores, sean del tipo que sean, han de considerarse empresarios y no consumidores. Así se deduce del propio ATJUE de 14 de septiembre de 2006, caso Dumitras, que, además, hace extensiva la vinculación funcional del administrador social al socio único."

Con las premisas anteriores, en el supuesto de autos la Sra. Eva interviene en la escritura del préstamo en nombre propio y también como administradora única de la sociedad prestataria, y tanto ella como el Sr. Argimiro eran los dos titulares de todas las participaciones sociales de CAL JAUME DE SOLSONA SL (conforme resulta del documento acompañado al escrito de oposición a la ejecución), por lo que debemos apreciar la concurrencia de una vinculación funcional entre los apelantes, fiadores solidarios, y la sociedad mercantil prestataria afianzada, sin que pueda estimarse por tanto su condición de consumidores.

Faltando el presupuesto del carácter de consumidores de los fiadores que se oponen a la ejecución, no procede entrar a valorar si las cláusulas son abusivas al amparo de las normas de protección de los consumidores. En el mismo sentido nos hemos pronunciado en nuestro Auto nº 133 de 9 de julio de 2020 (rec. 663/2019).

**CUARTO.** Por lo que se refiere a la oposición a la ejecución fundada en la existencia de cláusulas abusivas pero invocando la LGGC y las normas del art. 1258 CCivil y 57 CCom así como la buena fe contractual, debemos realizar las siguientes consideraciones.

De un lado, si la parte apelante estimaba que se omitió un pronunciamiento sobre una pretensión oportunamente deducida en el proceso, incumpliendo los deberes del art. 218 LECivil, debía haber solicitado el complemento de la Resolución de primera instancia conforme al trámite del art. 215 LECivil, sin que sea admisible sin haber instado previamente la complementación que se invoque en segunda instancia la concurrencia de infracción procesal por esta causa. Con este criterio, podemos citar entre otras nuestras Sentencias nº 208 de 29 de abril de 2019 (rec. 755/2017), nº 389 de 16 de octubre de 2013 (rec. 191/2012), y nº 70 de 12 de febrero de 2013 (rec. 167/2012), así como la STS nº 284 de 22 de abril de 2013 (rec. 505/2010) dictada interpretando y aplicando el art. 469 LECivil, lo que es extrapolable al art. 459 LECivil.

En todo caso, y siendo que se entremezclan estas alegaciones con los argumentos para fundar la abusividad de las cláusulas impugnadas, debemos señalar que no es admisible a través de la oposición a la ejecución hipotecaria el control de las cláusulas contractuales si producen un desequilibrio de las prestaciones en perjuicio de un empresario o no consumidor, valorando que la Ley de Enjuiciamiento Civil no admite la oposición con fundamento en dicha norma de la LCGC sino exclusivamente en la de protección de los consumidores, siendo las causas de oposición a la ejecución tasadas. De hecho, la reforma que introdujo el apartado 4º del art. 695.1 LECivil lo fue como consecuencia de la Ley 1/2013, dictada a raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013 en aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de protección de los consumidores, y como se explicita en el Preámbulo de dicha Ley se procede a " la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o



a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993".

Por lo que debemos concluir que no procede el planteamiento como motivo de oposición a la ejecución de la nulidad de una cláusula con fundamento en la LCGC, el art. 1258 CCivil y el art. 57 CCom y respecto a un contrato no celebrado con consumidores, pudiendo en su caso ejercitar la apelante las acciones que estime oportunas a través del correspondiente procedimiento ( art. 698 LECivil). Con el mismo criterio, nos hemos pronunciado en nuestro Autos n.º 175 de 17 de septiembre de 2020 (rec. 1029/2019) y n.º 75 de 7 de mayo de 2020 (rec. 59/2019).

Debiendo por todo ello desestimar el recurso de apelación.

**QUINTO.** La desestimación del recurso implica que las costas de esta alzada han de imponerse a la parte apelante ( arts. 398.1 con relación al 394.1 LECivil).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## PARTE DISPOSITIVA

**DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. Eva y D. Argimiro contra el Auto n.º 112 de 26 de junio de 2019 dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Solsona resolviendo la Oposición a la Ejecución Hipotecaria n.º 171/2018, y **CONFIRMAMOS** la citada resolución, imponiendo las **costas** de la segunda instancia a la parte apelante.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con certificación de esta Resolución, a los oportunos efectos.

Dese el destino que proceda al depósito que ha constituido la parte recurrente para recurrir en apelación, conforme a lo dispuesto en la DA 15ª de la LOPJ.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.

Las Magistradas :

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

### **INFORMACIÓN PARA LOS USUARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:**

*En aplicación de la Orden JUS/394/2020, dictada con motivo de la situación sobrevenida con motivo del COVID-19:*

*- La atención al público en cualquier sede judicial o de la fiscalía se realizará por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, arriba detallados, en todo caso cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.*

*- Para aquellos casos en los que resulte imprescindible acudir a la sede judicial o de la fiscalía, será necesario obtener previamente la correspondiente cita.*

*- Los usuarios que accedan al edificio judicial*

*con cita previa, deberán disponer y usar mascarillas propias y utilizar el gel desinfectante en las manos.*