



Roj: **SAP O 1964/2018 - ECLI:ES:APO:2018:1964**

Id Cendoj: **33044370042018100226**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **29/06/2018**

Nº de Recurso: **178/2018**

Nº de Resolución: **255/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUAN CARLOS LLAVONA CALDERON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION CUARTA**

#### **OVIEDO**

**SENTENCIA: 00255/2018**

Modelo: N10250

C/ CONCEPCIÓN ARENAL Nº 3-3

-

Tfno.: 985/968737-38-39 Fax: 985.96.87.40

Equipo/usuario: JMI

**N.I.G.** 33051 41 1 2016 0102036

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000178 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de PRAVIA

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000438 /2016

Recurrente: Basilio , Regina , Rosalia

Procurador: CRISTINA FERNANDEZ-SANZ ALVAREZ, CRISTINA FERNANDEZ-SANZ ALVAREZ , CRISTINA FERNANDEZ-SANZ ALVAREZ

Abogado: BEATRIZ LONGORIA LOPEZ, BEATRIZ LONGORIA LOPEZ , BEATRIZ LONGORIA LOPEZ

Recurrido: CAJA RURAL DE ASTURIAS

Procurador: ANA DIEZ DE TEJADA ALVAREZ

Abogado: IÑIGO MARTINEZ GONZALEZ

#### **NÚMERO 255**

En OVIEDO, a veintinueve de Junio de dos mil dieciocho, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Juan Carlos Llavona Calderón, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

#### **S E N T E N C I A**

En el recurso de apelación número **178/2018**, en autos de JUICIO ORDINARIO Nº 438/2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Pravia, promovido por D. Basilio , D<sup>a</sup>. Regina y D<sup>a</sup>. Rosalia , demandantes en primera instancia, contra **CAJA RURAL DE ASTURIAS** , demandada en primera instancia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Carlos Llavona Calderón.-



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia de Pravia se dictó Sentencia con fecha tres de Octubre de dos mil diecisiete , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Desestimo íntegramente la demanda deducida a instancias de doña Regina , doña Rosalia y don Basilio contra la entidad bancaria CAJA RURAL DE ASTURAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, y, en consecuencia, la absuelvo de cuantas pretensiones se contienen en ella. Con imposición de costas a la parte demandante.".-

**SEGUNDO.-** Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandante recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día veintiséis de Junio de dos mil dieciocho.-

**TERCERO.-** Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Pretendida en la demanda la declaración de nulidad por abusivas de determinadas estipulaciones del contrato de préstamo con garantía hipotecaria formalizado en escritura de 24 de febrero de 2010 y de las posteriores novaciones modificativas del mismo según escrituras otorgadas a su vez el 15 de febrero de 2012 y el 27 de junio de 2013, la sentencia de instancia desestimó tal pretensión por no ostentar los demandantes, al intervenir en dicha operación, la condición de consumidores, y porque las cláusulas en cuestión superan el control de incorporación.

En el recurso interpuesto ya no se afirma la condición de consumidores de los prestatarios, pero se insiste en atribuir la misma a la fiadora, hija de los anteriores, por no constar su vinculación profesional con el negocio para el que se constituyó la hipoteca, siendo en cambio que cuando se formalizó la escritura de préstamo tenía la condición de estudiante y posteriormente la de desempleada, no manteniendo ningún cargo o puesto de trabajo relacionado con el Hotel-Restaurante que explotan sus padres.

**SEGUNDO.-** Siendo jurisprudencia reiterada aquella que circunscribe el control de abusividad a los contratos con consumidores ( SSTS de 3-6-2016 , 18-1-2017 , 20-1-2017 , 30-1-2017 , 2-11-2017 , 23-11-2017 y 10-1-2018 ), en cuanto a la condición como consumidor de quien interviene como fiador en contratos de ese tipo, la reciente STS de 28-5-2018 , considerando la necesidad de hacer un análisis diferenciado, recuerda las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a propósito del contrato de garantía o de fianza, concretamente el Auto de 19-11-2015 (asunto C- 74/15 , Tarcãu) y el Auto de 14-9-2016 (asunto C-534/15 , Dumitras), según los cuales los artículos 1, apartado 1 , y 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, deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente.

Deduca de ello el Alto Tribunal la exclusión de la condición de consumidor cuando, aun actuando al margen de una actividad empresarial o profesional, se tiene un vínculo funcional con el contratante profesional, es decir, cuando no se es del todo ajeno al aspecto profesional o empresarial de la operación, radicando entonces la cuestión en concretar, respecto de cada uno de los fiadores intervinientes en el contrato litigioso, si tenían vinculación funcional o no con la sociedad deudora principal.

**TERCERO.-** En el presente caso los deudores no son una sociedad, sino también personas físicas, igual que la fiadora, habiendo quedado excluida su condición de consumidores en la operación de crédito de que se trata por haberse destinado el importe del préstamo a la construcción y puesta en marcha de un establecimiento hotelero.

Así y todo, la sentencia apelada justifica la existencia de una vinculación de la fiadora con ese destino empresarial del préstamo por tratarse de la hija de los deudores y porque del resultado de la prueba practicada ha quedado acreditado que su participación como avalista vino determinada por dos motivos: por la edad de sus padres y porque ella misma iba a participar en el negocio y de cara a su futura gestión (solicitud de subvenciones, solucionar temas fiscales...) así se consideró conveniente.

Tal apreciación probatoria no ha sido combatida eficazmente por los recurrentes, que se limitan a alegar que no consta una vinculación profesional de la fiadora con el negocio, obviando, sin embargo, que ninguna otra razón justificaría la asunción de esa condición de garante del préstamo por quien no tenía realmente una capacidad económica suficiente para responder de la deuda (se alega que era estudiante y luego desempleada), siendo



por ello razonable concluir que si se obligó en dicha condición de fiadora es porque el destino del préstamo no le era ajeno y había de participar en cierto modo en el negocio al que éste se destinaba.

Como dice la SAP Pontevedra (Sección 6ª) de 22-1-2018, en el caso de personas físicas no cabe hablar de vínculo funcional con el prestatario, razón por la que habrá de buscarse otro tipo de vínculo que se caracterice -como en el caso del funcional- por el interés del fiador en la persona del afianzado y su actividad empresarial, y en los casos de fuerte y estrecho vínculo familiar, éste debe sustituir al funcional que se predica de las sociedades.

Procede, en consecuencia, confirmar la apreciación como no consumidora que la sentencia apelada hace respecto de la fiadora, y con ello desestimar dicho motivo del recurso.

**CUARTO.-** Al margen de lo anterior, y de forma subsidiaria, los recurrentes pretenden que se revoque la condena en costas de primera instancia argumentando que el alcance de la doctrina del TJUE acerca de la condición de consumidor del avalista no ha sido una cuestión pacífica, algo que, sin embargo no cabe compartir, pues dicha doctrina, según se deduce de lo expuesto ha venido siendo clara y uniforme en el sentido de entender que la condición como consumidor del fiador persona física viene circunscrita a aquellos casos en que actúe al margen de la actividad profesional del deudor y sin una vinculación funcional con el mismo, y así ha sido recibida y aplicada por la jurisprudencia patria, sin que se adviertan dudas de hecho o de derecho que pudieran justificar hacer uso de la facultad excepcional que reconoce el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**QUINTO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han de imponerse a la parte apelante las costas causadas.

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

## FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Basilio, Dª. Regina y Dª. Rosalia, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Pravia con fecha 3 de octubre de 2017 en los autos de juicio ordinario seguidos con el número 438/2016, confirmando dicha resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales del recurso.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss. y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander **3370 0000 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente con cuatro cifras más dos del año.**

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.