



Roj: **AAP CO 170/2015 - ECLI:ES:APCO:2015:170A**

Id Cendoj: **14021370012015200158**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2015**

Nº de Recurso: **466/2015**

Nº de Resolución: **324/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CRISTINA MIR RUZA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA

SECCIÓN PRIMERA -CIVIL-

ROLLO NÚM.466/2015

Autos: INCIDENTE OPOSICIÓN EJECUCIÓN HIPOTECARIA NÚM.29/2014

Juzgado de origen: PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚM.1 DE LUCENA

AUTO Núm. 324/2015

Il'tmos.Sres.

PRESIDENTE

D. Pedro José Vela Torres

MAGISTRADOS

Dña.Cristina Mir Ruza

D. Fernando Caballero García

En CÓRDOBA, a veintiséis de junio de dos mil quince.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado referenciado se dictó auto de fecha 21 de enero de 2015 cuya parte dispositiva dice: "*Que DESESTIMANDO EL INCIDENTE DE OPOSICIÓN FORMULADO por parte del Procurador de los Tribunales, Sr. Beato Fernández, en nombre y representación de la PARTE EJECUTADA, la entidad PROMOCIONES ANDALUZAS TOLEDANO CASTILLO, S.L., D. Pedro Francisco , D. Anibal y D. Bienvenido , contra la ejecución despachada en la presente causa, PROCEDE DECLARAR QUE LA EJECUCIÓN SIGA ADELANTE POR LA CANTIDAD POR LA QUE SE HA DESPACHADO . Se imponen las costas derivadas del presente incidente de oposición a la parte ejecutada*".

SEGUNDO.- Por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Beato Fernández, en nombre y representación de la entidad PROMOCIONES ANDALUZAS TOLEDANO CASTILLO, S.L., se presentó escrito recurriendo en apelación el referido auto, y tras verificar las alegaciones que tuvo por conveniente, y que se dan por reproducidas, terminó interesando que se dicte nueva resolución por la que, revocándose la apelada, se estimen todos o algunos de los motivos de oposición esgrimidos por esa parte, todo ello con los demás pronunciamientos consecuentes a que haya lugar en derecho.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso se dio traslado a la parte contraria, habiendo presentado escrito de oposición a la apelación el Procurador de los Tribunales D. Manuel Berrios Villalba, en representación de CAIXABANK, S.A., cuyas alegaciones igualmente se dan por reproducidas. Seguidamente se remitió la causa a esta Audiencia Provincial, incoándose el oportuno rollo, se turnó la ponencia y se ha señalado deliberación el día de la fecha. Es ponente de esta resolución Dña.Cristina Mir Ruza.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Despachada ejecución a instancia de CAIXABANK, S.A., en virtud del Préstamo Hipotecario suscrito el 1 de diciembre de 2006, en el que aparece como prestataria e hipotecante de la finca registral número 28378 la mercantil PROMOCIONES ANDALUZAS TOLEDANO CASTILLO, S.L., y como avalistas D. Anibal , D. Bienvenido y D. Pedro Francisco , la parte ejecutada plantea el incidente de oposición basado en la falta de legitimación activa de la ejecutante y en la existencia de una cláusula abusiva (la de intereses moratorios) así como aquellas otras cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado de oficio por el Juzgador.

Tras el correspondiente trámite, el Juzgado dictó auto el 21.1.2015 en el que tras desestimar la falta de legitimación activa alegada (motivo que no ha sido objeto de apelación), señalar el ámbito subjetivo de la Ley 1/2013 y considerar que la **sociedad** mercantil prestataria e hipotecante no tiene el carácter de **consumidor**, concluye que no siendo aplicable la normativa protectora de **consumidores** no es posible apreciar el carácter abusivo de las cláusulas del contrato.

En el recurso de apelación, tras esgrimir que se desconoce el destino que se le dio al numerario prestado, se alega que la prestataria podría no tener la condición de consumidora y que ello no obsta para que, por vía del artículo.695 de la LEC , se inste a que el Tribunal lleve a cabo un control de abusividad en cuanto que cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario, sin que la información respecto de la clausula suelo fuera suficiente. Por último resalta la diferencia de posición entre la CAIXA y la ejecutada, que es una pequeña promotora de ámbito local lucentino.

SEGUNDO.- Poco hay que añadir a lo ya dicho por la Juzgadora de Instancia, por lo que bastaría acogerse a la motivación por remisión para rechazar este motivo del recurso, pues como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional de la Sala 1ª. 111/2004, de 12 de julio , cabe motivar mediante la remisión, entre otros casos, a las resoluciones precedentes del mismo órgano judicial o a las del órgano judicial que dictó la sentencia que se revisa, siempre que el Tribunal haya tomado en cuenta los argumentos de los recurrentes y que la resolución a la que se refiera la motivación resuelva, a su vez, fundadamente la cuestión planteada.

No obstante y con la finalidad de dar respuesta al concreto alegato del recurrente en la forma que, sucintamente, ha quedado más arriba expuesto diremos que frente a lo que se afirma en el recurso, si bien la Ley 1/2013 permite oponerse a la ejecución hipotecaria alegando "el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la liquidación exigible", debe rechazarse que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Es decir, tratándose de un incidente de oposición en el que no cabe cuestionar que la mercantil prestataria PROMOCIONES ANDALUZAS TOLEDANO CASTILLO, S.L., no tiene la condición de **consumidor**, es claro que la protección del adherente no **consumidor** debe hacerse por el cauce del juicio ordinario y no vía de oposición a la ejecución basada, como se ha dicho, en el carácter abusivo de una cláusula contractual. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de esta Audiencia Provincial, sección 3ª, de fecha 18.6.2013, y la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo , así lo recoge en su fundamento jurídico 233 c). Como hemos dicho en Auto de fecha 24.9.2014 (Rollo 766/14, criterio reiterado en resoluciones posteriores, Auto de 6.10.2014 -Rollo 755/14- y Auto de 4.12.2012 -Rollo 1065/2014-), el propio Preámbulo de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, indicaba expresamente que 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, se adoptaba a resultas de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 , que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**. Además, como recuerda la 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**. 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**.

Ha de recordarse (como ya hemos dicho en el Auto de 5.2.2015 -Rollo 1198/14-) que la condición de **consumidor** no es una cualidad in genere que en todo caso concurre respecto de una persona física o jurídica, sino que es una cualidad que no se presume legalmente y que se ostentará, en su caso, en función de una actuar concreto determinado, debiendo ser los ejecutados los que acrediten este carácter.

En el caso de autos, la mera lectura de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria objeto de ejecución revela que el contrato no se celebró para financiar una operación con **consumidores**, sino que se trató de un préstamo entre una entidad de crédito y una **sociedad** mercantil, PROMOCIONES ANDALUZAS TOLEDANO CASTILLO, S.L., de donde se desprende su carácter mercantil (artículo 311 del Código de Comercio), sin que los hermanos Anibal Bienvenido Pedro Francisco intervengan como **consumidores**, sino como garantes (como avalistas -estipulación 19ª, folio 37) de una obligación mercantil. Piénsese que su objeto social "lo constituye la promoción y construcción de edificaciones, compraventa de terrenos y solares, compraventa de maquinaria y materiales para la construcción" (folio 21 vuelto), que la finca que se hipoteca propiedad de la prestataria fue adquirida ese mismo día (folio 22 vuelto), y que el importe del préstamo (1.575.000) fue ingresado en una cuenta abierta designada a nombre de la prestataria. De donde resulta que ni a la apelante ni a sus **avalista** le son de aplicación el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios , tanto en su redacción inicial como en la actual. Aquella decía "Son **consumidores** o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional"; añadiendo el artículo 4: "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". Mientras que actualmente, a virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2014, de 27 de marzo , se han precisado más tales conceptos, y el artículo 3 define como **consumidores** o usuarios a quienes "actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión"; así como a "las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial"; conceptuando ahora el artículo 4 como empresario a ,toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión". Y puesto que el contrato no tenía como finalidad la satisfacción de una necesidad privada, sino empresarial (puesto que el **avalista** no garantizó una operación suya de consumo), sino un negocio jurídico propio de su objeto social, ha de recordarse que el art. 439 del Código de comercio dispone que será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aún cuando el fiador no sea comerciante. Como indica la Sentencia de la AP Pontevedra de 24 febrero 2011 , "teniendo en cuenta que la fianza es un contrato por el cual uno se obliga a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste, cuando, como en el supuesto examinado, el afianzamiento tiene lugar respecto de una persona jurídica en orden al desenvolvimiento de su actividad empresarial, y por lo demás de modo solidario, 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). En el sentido expresado, cabe citar las sentencias de la AP Ciudad Real, de fecha 4-4-2002 , AP Granada, de fecha 11-11-2005 , AP Murcia, de fecha 19-4-2007 , y AP Toledo, de fecha 22-3-2010 ".

Para terminar conviene señalar, puesto que se ha aludido a que la información respecto de la cláusula suelo incluida en el contrato resulta insuficiente, que acierta la parte ejecutante al advertir que carece de sentido dicha mención porque el examen de la escritura de préstamo hipotecaria de fecha 1.12.2006, así como sus sucesivas novaciones (12.2.2008, 30.7.2009 y 30.9.2011, folios 20, 52, 67 y 81 y s.s.) permiten atisbar que no hay ninguna cláusula limitativa de la variabilidad del tipo del interés ordinario al haberse pactado un préstamo a tipo fijo.

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 de oposición previsto en el art. 695.1.4ª de la LEC , por lo que el recurso ha de ser desestimado.

TERCERO.- Con respecto a las costas, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 398 de la L.E.C ., procede imponer las de esta alzada a la parte apelante.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.



LA SALA ACUERDA

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Beato Fernández, en nombre y representación de PROMOCIONES ANDALUZAS TOLEDANO CASTILLO, S.L., contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia N°1 de Lucena en la Oposición a la Ejecución Hipotecaria núm.29/2014, con fecha 21.1.2015, que se confirma, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la apelante.

Notifíquese este auto a las partes, con indicación de que contra el mismo no cabe recurso ordinario alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba reseñados en el encabezamiento.

E/.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ