



Roj: **AAP GI 1057/2018 - ECLI: ES:APGI:2018:1057A**

Id Cendoj: **17079370022018200289**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **30/11/2018**

Nº de Recurso: **617/2018**

Nº de Resolución: **300/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL SOLER NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 02 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.02)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1, pl. 5a - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:aps2.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1716042120178110034

Recurso de apelación 617/2018 -2

Materia: Apelación civil

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Sant Feliu de Guíxols

Procedimiento de origen:Incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo 675/2017

Parte recurrente/Solicitante: Florencio

Procurador/a: MARIA DE LA FE ALBERDI VERA

Abogado/a: LLUIS ABELENDA PUIGVERT

Parte recurrida: BANCO SANTANDER, S.A

Procurador/a: PERE FERRER FERRER

Abogado/a: RAQUEL FÈLEZ DÌAZ

AUTO Nº 300/2018

Ilmos. Sres:

PRESIDENTE

D. JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO

MAGISTRADOS

Dª. Maria Isabel Soler Navarro

D. JAUME MASFARRÉ COLL

Girona, 30 de noviembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 6 de agosto de 2018 se han recibido los autos de Incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo 675/2017 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Sant



Feliu de Guíxols a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. MARIA DE LA FE ALBERDI VERA, en nombre y representación de D. Florencio contra Auto de 18 de mayo de 2018 y en el que consta como parte apelada el Procurador D. PERE FERRER FERRER, en nombre y representación de BANCO SANTANDER, S.A.

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

"Acuerdo desestimar las causas de oposición a la ejecución alegadas por Florencio , ordenando que este procedimiento continúe por sus normales trámites.

Se imponen las costas del presente incidente a Florencio ."

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 día 26/11/2018.

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

Se designó ponente a la Magistrada D^a. Maria Isabel Soler Navarro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al auto que desestima la oposición formulada por D. Florencio , frente al auto despachando ejecución a Instancia de la entidad Banco de Santander, se alza contra el mismo el ejecutado, invocando como motivos de oposición la abusividad de cláusulas, invocando la ley 7/1998 de 13 de abril de condiciones generales de la contratación, alegando que aún que en el supuesto presente estemos ante un no consumidor, cabe el control jurisdiccional de la cláusula aunque no el llamado control cualificado o segundo control de transparencia, reservado solo para consumidores, y que atiende no solo a la mera transparencia documental o gramatical (control de inclusión) sino también, al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato, Invocando la abusividad de los intereses moratorios pactados, que no fue pactado sino que fue impuesto por la parte.

La parte apelada solicita la confirmación del auto apelado.

SEGUNDO.- Si bien la parte apelante parece que no discute ya en esta alzada que no concurre en el mismo la condición de consumidor, señalar al respecto que si el apelante no tiene la condición jurídica de consumidor o usuario, cual es el caso, dado que el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015 dictado al resolver la cuestión prejudicial C 74/15 (caso Tarcau) y reiterado por *Auto del mismo Tribunal, Sala Décima, asunto C 534/15, de 14 de septiembre de 2016* ha imprimido un giro radical a ese planteamiento, introduciendo matices de relevancia en la doctrina de la extrapolación de la condición de consumidor o empresario del obligado principal al garante de la obligación base, indicando expresamente que "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 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".

Así pues, desaparecida la vinculación inspirada en el carácter mercantil de la obligación principal, es necesario replantearse si en este caso el fiador carecía o no de vínculos funcionales con la citada sociedad, pues a estos efectos la referida resolución determina lo siguiente: "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 pueda 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).

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 referencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado".



Asimismo el Tribunal Supremo ha precisado de manera reiterada cual es la extensión del control que los tribunales han de hacerse de las cláusulas de un contrato en función de que una de las partes contratantes tenga la condición jurídica de consumidor o no.

Así, la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, recuerda:

" 201. En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[I]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"[n]o 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 [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]".

203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC.

Además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones **abusivas**. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".

Este criterio ha sido reiterado por muchas otras sentencias del TS, como la de 10 de enero de 2018, que cita muchas otras, cuando dice:

"1.- El control de incorporación, previsto en el art. 5 LCGC, es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores.

2.- Este tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio ; 30/2017, de 18 de enero ; 41/2017, de 20 de enero ; 57/2017, de 30 de enero ; 587/2017, de 2 de noviembre ; y 639/2017, de 23 de noviembre ; en la que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores. Del mismo modo, hemos establecido que el control de transparencia material únicamente es procedente en tales contratos".

De lo expuesto se colige que el ejecutado intervino en su propio nombre como garante y además como administrador único de la sociedad JP SISTEMES DE SEGRESTAT S.L., es decir en su condición de administrador de la mercantil afianzada, actuó en el marco de su actividad profesional o por los vínculos funcionales que tenía con aquella, lo que excluye su condición de consumidor y con ello, la posibilidad de articular la abusividad de las cláusulas contenidas en la póliza de préstamo, ya sea la de intereses moratorios, invocada en esta alzada o la de vencimiento anticipado cobro de **comisiones** y la cláusula de renuncia al beneficio de excusión opuestas en primera Instancia.

Lo precedente determina que el recurso haya de ser desestimado ya que al no tener la condición de consumidor solo se podrá entrar a analizar si las cláusulas cuestionadas han sido incorporadas al contrato, no si son transparentes en el sentido de si se ha informado al cliente de la carga jurídica y económica que comportan.

Haciendo aplicación de esta jurisprudencia al caso que nos ocupa, no hay duda de que la cláusula sobre los intereses de demora, así como la de vencimiento anticipado, y la de renuncia al beneficio de excusión y cobro de **comisiones** son perfectamente legibles y no resultan oscuras e incomprensibles, por lo que supera el filtro de incorporación, único que es posible ponderar cuando la parte demandada no tiene la condición de consumidora, por lo que ha de ser desestimado el recurso de apelación y confirmada la resolución alegada.



TERCERO.- Las costas de esta alzada se impondrán a la parte apelante al desestimarse el recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el art 398 de la L.E.C.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA. DESESTIMAR, el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Florencio , contra el auto de fecha 18 de mayo de 2018, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Sant Feliu de Guixols, en el procedimiento de Ejecución de Título no Judicial nº 675/2017, del que dimana el presente rollo de apelación **CONFIRMAMOS ÍNTEGRAMENTE** dicha resolución. Con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y, demás efectos legales.

Así, por este nuestro Auto, que es firme, contra el que no cabe recurso alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS