



Roj: **AAP ZA 30/2021 - ECLI:ES:APZA:2021:30A**

Id Cendoj: **49275370012021200029**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zamora**

Sección: **1**

Fecha: **16/06/2021**

Nº de Recurso: **179/2021**

Nº de Resolución: **55/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JESUS PEREZ SERNA**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

**DE**

**ZAMORA**

Modelo: N10300

C/ SAN TORCUATO, 7.

-

**Teléfono:** 980559491 980559411 **Fax:** 980530949

**Correo electrónico:** audiencia.zamora@justicia.es

Equipo/usuario: AGK

**N.I.G.** 49021 41 1 2012 0100544

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000179 /2021**

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

**Procedimiento de origen:** ENJ EJECUCION DE TITULOS NO JUDICIALES 0000094 /2012

Recurrente: Roque

Procurador: MARIA TERESA VECINO GONZALEZ

Abogado: FÉLIX VARA FERNÁNDEZ

Recurrido: LINDORFF HOLDING SPAIN

Procurador: ALBERTO DEL HOYO LOPEZ

Abogado: DARIO BERNARDO HERNANDEZ MARTINEZ

### **A U T O N° 55**

Il'tmos/as. Sres/as.:

Presidente D. JESÚS PÉREZ SERNA.

Magistrado D. PEDRO-JESÚS GARCÍA GARZÓN.

Magistrado Dña. ANA DESCALZO PINO.

-----  
En ZAMORA, a 16 de junio de 2021.



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de ZAMORA, los Autos de procedimiento 94/2012, procedentes del JDO. 1A. INST. Nº. 1 de Benavente, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 179/2021, en los que aparece como parte *apelante*, **D. Roque**, representada por la Procuradora de los tribunales, D<sup>a</sup>. MARÍA TERESA VECINO GONZÁLEZ, y asistida por el letrado D. FÉLIX VARA FERNÁNDEZ, y como parte *apelada*, **LINDORFF HOLDING SPAIN (en la actualidad INTRUM HOLDING SPAIN)**, representada por el Procurador D. ALBERTO DEL HOYO LÓPEZ y asistida por el letrado D. DARÍO BERNADRDO HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, sobre la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula séptima de vencimiento anticipado inserta en el contrato de préstamo.

Siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. **D. JESÚS PÉREZ SERNA**.

## HECHOS

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de 1<sup>a</sup>. Instancia de Nº 1 de Benavente, se dictó auto con fecha 26 de enero de 2021 en el procedimiento de Ejecución de Títulos no Judiciales nº 94/2012, y en el que se acordaba: PARTE DISPOSITIVA" QUE DEBO ACORDAR Y ACUERDO LA CONTINUACIÓN DE LA EJECUCION al concurrir los requisitos prevenidos para la validez de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en el contrato de préstamo de 28 de noviembre de 2008, conforme a los razonamientos jurídicos contenidos en la presente resolución".

**SEGUNDO**.- Por la representación procesal de D. Roque, se presentó escrito por el que se tiene por preparado recurso de apelación contra el auto dictado en fecha 26 de enero de 2021, acordándose mediante providencia emplazar a la parte recurrente por diez días para que lo interponga ante el Tribunal de la instancia, donde una vez interpuesto, y presentados en su caso, los escritos de oposición o impugnación se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso.

**TERCERO** .- Recibidos los autos en la Audiencia, se formó el respectivo rollo de apelación, y no habiéndose solicitado la práctica de prueba ni la celebración de vista, ni considerarla necesaria el Tribunal, pasaron las actuaciones al mismo para dictar la resolución procedente, señalándose el día 20 de mayo de 2021, para votación y fallo.

**CUARTO** .- En la tramitación de esta instancia, se han cumplido las prescripciones y términos legales.

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n.º 1 de Benavente, Zamora, se dicta Auto en fecha 26 de enero de 2021, por el que se acuerda: "LA CONTINUACION DE LA EJECUCION al concurrir los requisitos prevenidos para la validez de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en el contrato de préstamo de 28 de noviembre de 2008, conforme a los razonamientos jurídicos contenidos en la presente resolución." Justifica la jueza a quo su decisión señalando que en el presente caso, si se acude a la escritura originaria de fecha 28 de noviembre de 2008, en la cláusula primera se dice que se trata de un contrato mercantil pues su finalidad es la adquisición de equipos informáticos, o lo que es lo mismo, para una actividad profesional no privativa; por ello, la parte ejecutada no ostenta la condición de consumidor y en consecuencia no procede el examen de las cláusulas desde el punto de vista del TRLGDCyU, considerándose válida la cláusula de vencimiento anticipado y la correspondiente resolución efectuada por la entidad bancaria a la que se subrogó la ejecutante.

Frente a dicha resolución interponen recurso de apelación el ejecutado, don Roque, con la pretensión de que se revoque el auto de fecha 26 de enero del año en curso, y, por tanto, se declare la nulidad por abusiva de la cláusula séptima de vencimiento anticipado inserta en el contrato de préstamo referenciado, mandando sobreseer el procedimiento de ejecución. Alega en tal sentido que don Roque tiene el carácter de consumidor al ser mero fiador en la operación de préstamo; es hermano de doña Bibiana, prestataria titular, y no figura relacionado o vinculado funcionalmente con la actividad de los destinatarios del préstamo, siendo la razón de su intervención como fiador del préstamo la relación familiar que le unía con los titulares de la póliza de préstamo, intervención que realizada a título gratuito, obedeció a la exigencia impuesta por la entidad financiera. Cita el Auto del TJUE de fecha 19 de noviembre de 2015, para concluir que será considerado consumidor la persona que actuando fuera del ámbito empresarial, formalice un contrato de fianza o garantía hipotecaria con una entidad bancaria con el fin de garantizar el contrato de crédito formalizado entre dicho banco y una sociedad. Alega, asimismo, que el artículo 243 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, exige que el prestamista haya requerido de pago al prestatario o deudor, concediéndole al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo; ello, a tenor de lo actuado, dice el apelante, no se ha producido, con las consecuencias inherentes que se derivan sobre a nulidad de la cláusula.



La entidad demandada, Lindorff Holding Spain, apelada en el recurso, comparece en el mismo y lo hace para oponerse al mismo al entender que el Auto recurrido es conforme a derecho, y que de acuerdo a la reciente Jurisprudencia del TJUE y de nuestro Tribunal Supremo no cabe el sobreseimiento y archivo del procedimiento de ejecución hipotecaria dadas las circunstancias concretas que concurren en el caso analizado en el que el incumplimiento del demandado deudor reúne los requisitos de gravedad y proporcionalidad exigidos por el artículo 24 de la LCCI 5/2019 de 5 de marzo. Solicita por lo anterior se desestime el recurso y se confirme en su integridad la resolución recurrida.

**SEGUNDO** .- Expuesta que ha sido la posición mantenida por las partes en la presente instancia, debe manifestarse, tal y como viene declarando esta Sala en anteriores resoluciones que: no podemos dejar de referirnos a la reciente sentencia dictada por nuestro TS una vez resuelta la cuestión prejudicial planteada por el mismo sobre la validez y efectos de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios celebrados por consumidores, pues los criterios que en dicha sentencia se establecen son perfectamente trasladables a la presente causa.

En aplicación de los criterios facilitados por el TJUE -en la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los autos de 3 de julio de 2019- para determinar si es posible la subsistencia del contrato, la Sala entiende que el préstamo hipotecario es un negocio jurídico complejo, cuyo fundamento común para las partes es la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco). De este modo, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria, por lo que, en principio, la supresión de la cláusula que sustenta esa garantía causaría la nulidad total del contrato. Ahora bien, esa nulidad total expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, como la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria o el riesgo de la ejecución de una sentencia declarativa. Para evitar estas consecuencias, el TJUE ha admitido que la cláusula abusiva se sustituya por la disposición legal que inspiró las cláusulas de vencimiento anticipado, en referencia al art. 693.2 LEC en su redacción del año 2013. No obstante, la Sala ha considerado más lógico, en el momento actual, tener en cuenta la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), como norma imperativa más beneficiosa para el consumidor. Por último, la Sala facilita las siguientes orientaciones jurisprudenciales para los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente: 1.-Los procesos en que el préstamo se dio por vencido antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite. 2.-Los procesos en que el préstamo se dio vencido después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, si el incumplimiento del deudor no reúne los requisitos de gravedad y proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia, teniendo en cuenta como criterio orientador el art. 24 LCCI, deberían ser igualmente sobreseídos. Por el contrario, si el incumplimiento del deudor reviste la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación. 3.-El sobreseimiento de los procesos no impedirá una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de LCCI.

**TERCERO** .- Dicho lo anterior, entrar a analizar la cuestión principal del recurso cual es si el fiador garante recurrente reúne o no la cualidad de consumidor, y en caso positivo, los efectos inherentes a tal carácter.

Es reiterada jurisprudencia del TJUE ( STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14Jur isprudencia citadaCPTJUE, ECLI: EU:C:2015:538, C-110/14, 03-09-2015, Costea), ATJUE de 19 noviembre 2015 (asunto C-74-15, Dumitriu Tarcau) y ATJUE 14 septiembre 2016 (asunto C-534/15, caso Dumitras) y del Tribunal Supremo ( STS 728/2018, de 20 diciembreJur isprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 20-12-2018 (rec. 1451/2016) y 56/2020, de 27 eneroJurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 27-01-2020 (rec. 1624/2017), entre otras) que es posible la aplicación de la Directiva 13/1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con un consumidor, 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.

En sentido semejante al antes expuesto se pronuncia el TS en S. de 27 de enero de 2020Jurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 27-01-2020 (rec. 1624/2017): "(..) dada la subsunción de los contratos de fianza en que el fiador actúe como consumidor en el ámbito de la Directiva 13/93/CEE, cabe la posibilidad de extender los controles de incorporación y transparencia material a las cláusulas de los contratos de fianza y, entre ellas, a la cláusula de renuncia de los beneficios de excusión, orden y división (arts. 1831 y 1837), en cuanto afectantes a las obligaciones de pago del fiador, en conexión con las normas vigentes en cada momento sobre las obligaciones de información en la fase precontractual (claramente reforzadas, en particular respecto



de los garantes, en la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), la claridad de su redacción, y el tratamiento secundario o no dado a la misma en el contrato, a fin de permitir el conocimiento por el fiador de las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula (cfr. STS 314/2018, de 28 de mayo Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 28-05-2018 (rec. 1913/2015)), aunque en este caso la finalidad de dicha información no es tanto permitir comparar ofertas - pues en puridad en la fianza gratuita no hay prestación corresponsiva a cargo del acreedor -, cuanto permitir al fiador conocer el alcance del riesgo asumido.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al enjuiciar la validez de cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con consumidores, ha declarado que para que este tipo de estipulaciones contractuales pudieran ser válidas y no abusivas deberían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (por ejemplo, SSTS 705/2015, de 23 de diciembre - ECLI:ES:TS:2015:5618 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 9ª, 23-12-2015 (rec. 2658/2013)-, y 79/2016, de 18 de febrero Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 18-02-2016 (rec. 2211/2014) -ECLI:ES:TS:2016:626-). Si falta tal modulación la calificación como abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado tiene sustento legal en los artículos 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 82.1 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

**CUARTO** .- En el presente caso, un nuevo examen de la prueba practicada no coincide con las apreciaciones de la resolución de instancia. En efecto, el deudor- fiador interviene en la operación como persona física -en nombre propio- y no hay reproche alguno a que pueda ser considerado como consumidor. De la condición de consumidor se debe partir. Además, la operación crediticia principal puede desvincularse de su actividad profesional particular, pues se trata de una intervención a favor de sus familiares titulares prestatarios que tienen una actividad profesional para nada coincidente con la del recurrente, --al menos nada se ha actuado en tal sentido--, y sin vínculo funcional alguno entre ellos que no sea el meramente familiar dentro del ámbito del contrato de préstamo.

La cláusula de vencimiento anticipado debe considerarse abusiva por cuanto faculta al prestamista para proceder al vencimiento por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato, especialmente las de pago, tanto en las fechas convenidas como en los importes pertinentes impago, no modulando ni la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permitiendo al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. Se trata por tanto de una cláusula que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

En consecuencia, la abusividad de la cláusula comporta su nulidad e inaplicación.

Por otro lado, la entidad ejecutante declaró vencido el préstamo con anterioridad a la Ley 1/ 2013, interponiendo la demanda iniciadora del presente proceso en el año 2012, por lo que de conformidad con la doctrina sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sin necesidad de examinar la concurrencia de los otros requisitos exigidos, procede decretar el sobreesimiento del proceso con relación al fiador recurrente, lo que conlleva la estimación del recurso de apelación con relación a su persona, y la revocación, en tal sentido, de la resolución apelada.

**QUINTO** .- La estimación del recurso entraña que no se haga imposición expresa del recurso, como tampoco respecto de las devengadas por la recurrente en la instancia dado el tenor de la presente resolución, ello a tenor de lo establecido en los artículos 394 y 398 de la LEC.

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

## **PARTEDISPOSITIVA**

**LA SALA ACUERDA:** Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de don Roque , contra el Auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 1 de Benavente (Zamora), en los autos de los que dimana el presente procedimiento, revocamos la resolución recurrida que dejamos sin efecto y estimando la oposición planteada declaramos nula por abusiva la cláusula séptima de vencimiento anticipado y el archivo del presente procedimiento de ejecución respecto al fiador recurrente, sin hacer expresa imposición de las costas de primera instancia, en la medida dicha en el razonamiento quinto.

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada. Procédase en su caso a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese el presente Auto indicando que contra esta resolución no cabe recurso y remítase testimonio del mismo, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.



Así por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ