



Roj: **AAP GI 177/2020** - ECLI: **ES:APGI:2020:177A**

Id Cendoj: **17079370022020200056**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **10/02/2020**

Nº de Recurso: **693/2019**

Nº de Resolución: **53/2020**

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:upsd.aps2.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1706642120188184791

### **Recurso de apelación 693/2019 -2**

Materia: Apelación civil

**Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Figueres**

**Procedimiento de origen:P.S. oposición a la ejecución por defectos procesales 2/2019**

Parte recurrente/Solicitante: Bernabe

Procurador/a: Esther Sirvent Carbonell

Abogado/a: Josep Maria Pou Soler

Parte recurrida: CAIXABANK, S.A.

Procurador/a: Pere Ferrer Ferrer

Abogado/a: ANTONI SOLANO BORRUEL

### **AUTO Nº 53/2020**

Ilmos. Sres:

PRESIDENTE

D. JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO

MAGISTRADOS

D. JOAQUIM FERNÁNDEZ FONT

Dª. MARIA ISABEL SOLER NAVARRO

Girona, 10 de febrero de 2020

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** En fecha 4 de noviembre de 2019 se han recibido los autos de P.S. oposición a la ejecución por defectos procesales 2/2019 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Figueres a



fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> ESTHER SIRVENT CARBONELL, en nombre y representación de D. Bernabe contra el auto de fecha 1 de julio de 2019 y en el que consta como parte apelada el Procurador D. PERE FERRER FERRER, en nombre y representación de CAIXABANK, S.A..

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

"PARTE DISPOSITIVA

*SE DESESTIMA LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Esther Sirvent, en nombre y representación de Bernabe, y en consecuencia DEBO DECLARAR Y DECLARO PROCEDENTE QUE LA EJECUCIÓN SIGA ADELANTE POR LA CANTIDAD DESPACHADA, todo ello con expresa 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 03/02/2020.

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

Se designó ponente a la Magistrada D<sup>a</sup> MARIA ISABEL SOLER NAVARRO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso de apelación por D<sup>o</sup> Bernabe contra el Auto de fecha 1 de Julio de 2019 que desestima la oposición a la ejecución de título no judicial, formulada por el mismo contra el auto despachando ejecución de fecha 21 de noviembre de 2018, a instancias de la entidad CAIXABANK, contra la entidad GERMANS CUMBRIU S.L. como prestataria y D<sup>o</sup> Bernabe y D<sup>a</sup> Elisenda, como fiadores.

Los motivos de oposición fueron: que la obligación del deudor principal y por lo tanto también la del fiador esta extinguida, conforme a lo establecido en el Art 1847 del CC.

Falta de notificación de la deuda al actual deudor ni ellos afianzaron a la entidad Ecotradicio S.L. por lo que la póliza de arrendamiento financiero carece de los requisitos legalmente exigibles para llevar aparejada la ejecución.

Que el título ejecutivo contiene cláusulas abusivas.

La resolución de Instancia desestima la oposición por aplicación de la norma contenida en el Art 146 bis de la LC., respecto a la extinción de la fianza, y en consecuencia no existía la obligación de notificarlo a Ecotradicio, SL, al no constar que dicha entidad haya asumido la deuda principal, subsistiendo la obligación de garantía de los fiadores. Y por último no estima que concurra la condición de consumidor en el recurrente y en consecuencia no entra en el examen de la existencia de clausulas abusivas.

En su recurso la parte recurrente mantiene, que con la transmisión de la unidad productiva a ECOTRADIO S.L. esta asumía, entre otros el contrato de leasing, objeto de esta demanda, según consta en la documentación aportada. En concreto se invoca lo dispuesto en la misma resolución del Juzgado de lo Mercantil en que recoge en la fundamentación jurídica " que el adquirente se subrogara en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento la otra parte incluidos los contratos de leasing " Por tanto la subrogación de Ecotradicio S.L. en el contrato de leasing si extinguió la deuda de Germans Cumbriu SL, como lo prueba que la deuda toda salió de la masa pasiva según acordó el auto que aprobó la venta, y por ello conforme al Art 1847 del CC la fianza, no mediando consentimiento de los fiadores esta extinguida respecto al nuevo deudor debe considerarse extinguida también.

El art 146 de la LC dispone 4. *La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4 "*

En la parte dispositiva del auto del Juzgado de lo Mercantil autorizando la venta se recoge de manera expresa dicho precepto.

Y no puede estimarse acreditado que efectivamente, la parte que adquirió la unidad productiva de la entidad en concurso GERMANS CUMBRIU S.L. acepto expresamente el pago de los créditos no satisfechos anteriormente a la deuda, cuando de la misma documentación aportada por la parte recurrente, consta que la parte recurrente se opuso a a la oferta de compra según consta en las actuaciones por no constar la aceptación de la deuda por la adquirente de la unidad productiva.



En consecuencia sería de aplicación lo dispuesto en dicho precepto aplicado en la resolución de Instancia, con las siguientes consideraciones.

Consta acreditado que dentro de los contratos en los que se subroga la adquirente de la unidad productiva, se encuentra el leasing objeto de esta ejecución, así como el importe del mismo. Y dado que a la fecha de la transmisión, que tuvo lugar en fecha Julio de 2017 que es el límite que fija dicha norma para asumir los créditos, no estaba satisfecha parte de la deuda, en concreto las cuotas impagadas a dicha fecha desde el primer impago, que según la liquidación de la deuda data de diciembre de 2016, dicha deuda si que deberá ser asumida por el fiador dado que la deuda del deudor principal en concurso no quedo extinguida con la venta, y este era el crédito que existía en aquel momento, pero si que a partir de dicha fecha quedo extinguida la deuda del deudor principal al subrogarse a partir de dicha fecha entre otros contratos en el leasing objeto de este procedimiento, como se ha referido. Cuestión por otro lado lógica ya que en la oferta de compra es evidente que al fijar el precio se tuvo en cuenta la existencia de dicho crédito al subrogarse en el mismo y evidentemente al momento de fijar el precio, y que es por ello que precisamente a partir de la fecha de dicha transmisión que deberá asumirlo y no antes al no haberlo consentido expresamente.

Es decir en cuanto a los efectos de la transmisión, el *art. 146 bis LC* es el que establece la regla general: La transmisión de unidades productiva, no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa. Es decir, el momento de la efectiva transmisión es la que determina qué obligaciones y deudas derivadas del negocio son de la concursada y cuales son ya de la adjudicataria - adquirente. Ello implica que a partir de la fecha de cierre las obligaciones que nazcan como consecuencia de dicho contrato serán de cuenta del adquirente pero no las obligaciones o deudas anteriores, a salvo que se hubieran aceptado expresamente, lo cual no acontece en el caso presente, como la misma parte recurrente admitió en su escrito presentado ante el Juzgado de lo Mercantil y que ha sido aportado por la misma parte recurrente.

La Sección 1ª de esta Audiencia, en auto de fecha 19/11/2019, resolvió un supuesto en que se instaba la ejecución frente a la adquirente de la unidad productiva, y en que desestima que la misma deba asumir el pago, y lo resuelve así dado que el auto de adjudicación de la unidad productiva excluye expresamente la asunción por la adquirente de créditos distintos a los que expresamente menciona y valora, entre los que no se encontraba el que era objeto de ejecución, lo cual no acontece en el caso presente en que si se encuentra.

El art. invocado por la resolución recurrida y por la parte apelada 178bis 5º 2º de la LC se refiere a un supuesto distinto al presente y por lo tanto no extrapolable a los supuestos de transmisión de la unidad productiva previstos en el Art. 146 BIS de la LC aplicable al caso presente.

Ni el Art 135. 1 de la LC, invocado por la parte apelada y la jurisprudencia en torno al mismo ya que no estamos en presencia de un supuesto de aprobación de un convenio en el que la aquí ejecutante haya votado en contra sino de una transmisión de la unidad productiva en la que a consecuencia de ello se ha producido una novación subjetiva en relación a los contratos objeto de la transmisión entre ellos el leasing objeto de esta ejecución. Y en la que no consta, que la parte acreedora y aquí ejecutante CAIXABANK se opusiera a la transmisión ni recurriera al auto aprobando la misma, y en consecuencia acepto dicha subrogación con las consecuencias inherentes a ello previstas legalmente en el Art. 146 de la LC

En definitiva este motivo del recurso deberá estimarse parcialmente ya que la deuda en relación a dicho contrato de leasing a partir de la fecha de la transmisión, 14/07/2017 deberán ser asumidas por la adquirente no por la concursada cuya deuda quedo extinguido a partir de dicha fecha por subrogación del adquirente en la posición que la concursada ostentaba en el mismo y en consecuencia quedo extinguida la obligación del fiador de conformidad con lo dispuesto en el Art 1847 del CC, y en consecuencia la ejecución solo podrá despacharse en la cuantía de la deuda existente a dicha fecha, debiendo presentar la parte ejecutante una nueva liquidación, en atención a lo resuelto y en el plazo que el Juzgador de Instancia fije.

**SEGUNDO.-** En cuanto al segundo motivo del recurso la parte recurrente mantiene que se ha infringido lo dispuesto en el Art. 573.1.3, y 572.2 de la L.EC. en relación al Art. 559.1.3 de la LEC.

En cuanto a la falta de notificación a ECOTRADIO S.L., deberá estarse a lo resuelto anteriormente, y en cuanto a la falta de notificación al recurrente como fiador, la parte recurrente mantiene que al mismo no le fue notificado la deuda ya que se le envió un burofax a una dirección equivocada.

Si bien es cierto que en la dirección a la cual se remitió el burofax no fue hallado, la parte omite que la dirección a la que fue remitido dicho burofax es la que consta en la póliza, CANIGO, 19, POL PONT DEL PRINCIPE 17469 VILAMALLA, en consecuencia no exigiendo dichos preceptos que esa notificación sea fehaciente, admitiendo, por ejemplo, el uso de burofax, bastando que el medio de comunicación permita acreditar que la recepción de la notificación, como acontece mediante la remisión de un burofax.



Asimismo la doctrina jurisprudencial viene a considerar que cuando la ejecutante intenta notificar la cantidad reclamada a los demandados, con anterioridad a la presentación de la demanda, en los domicilios que como de ellos figuran en la póliza base de la ejecución, tal notificación es válida, aunque no haya sido hallado aplicable al caso presente en que consta domicilio erróneo, cuando es el domicilio que facilitó el mismo fiador, ahora recurrente en la póliza, de tal modo que esta falta de notificación solo puede ser achacable al destinatario recurrente pues la entidad acreedora no tenía por que llevar a cabo una labor de investigación del domicilio de los interesados, siendo válida la notificación intentada en el domicilio designado en la póliza, correspondiendo, por tanto, a los deudores la obligación de notificar al acreedor cualquier cambio de domicilio distinto al que inicialmente figure en el contrato o póliza, lo cual el recurrente no consta realizara en consecuencia debe darse por cumplimentado dicho requisito por la parte ejecutante.

De manera que, aun admitiendo que el artículo 572-2-2 LEC exige claramente que se acredite la recepción de la comunicación, no sólo la emisión de la notificación al deudor, dado que no puede dejarse en manos del notificado la producción o no del efecto jurídico, se estima cumplido el requisito legal con el intento de notificación llevado a cabo por el acreedor en el caso presente. Debiendo en consecuencia desestimarse este motivo del recurso

**TERCERO.**- En el motivo último del recurso se alega la condición de consumidor invocando la existencia de cláusulas abusivas.

En atención a lo resuelto en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, ya que el recurrente vincula dicha condición de consumidor en estimar que el deudor es ECOTRADICCIO S.L. y no CUMBRIU S.L., y se ha estimado que parte de la deuda no se ha extinguido para el deudor en concurso y en consecuencia tampoco para el fiador, deberá entrarse en el examen de si concurre en el caso presente la condición de consumidor en el recurrente.

En el caso presente, de la escritura de poder para pleitos aportada consta que el recurrente es ostenta la representación de la SOCIEDAD CUMBRIU S.L., en virtud de su cargo de administrador solidario de la misma con lo cual su vinculación funcional con la sociedad es evidente.

Cuando una persona física afianza una operación de una sociedad mercantil, como es el caso, la normativa sobre consumidores solo es aplicable cuando la persona física actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional y, además, carece de vínculos funcionales con la sociedad. Así lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo en sus autos de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15 ) y de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15 ). Resoluciones ya citadas en el auto recurrido

Lo cual no acontece en el caso presente, procediendo en consecuencia desestimarse este motivo del recurso.

**CUARTO.** Al estimarse parcialmente el recurso de apelación, no se hará pronunciamiento expreso en materia de costas en esta alzada ni respecto de las de Instancia de conformidad con lo dispuesto en el Art 398 y 561 de la L.EC

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

## PARTE DISPOSITIVA

**LA SALA ACUERDA: QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE**, el recurso de apelación interpuesto por D<sup>o</sup> Bernabe , frente al auto dictado en fecha 1 de julio de 2019 por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 5 de Figueres en la pieza separada de oposición a la ejecución n<sup>o</sup> 2/2019 de la dimana el presente Rollo, **REVOCAMOS PARCIALMENTE** dicha resolución y en su lugar se acuerda:

QUE CON **ESTIMACIÓN PARCIAL** de la oposición formulada por d D<sup>o</sup> Bernabe frente al auto acordando despachar la ejecución se acuerda que la ejecución siga adelante por la cantidad que resulte de la deuda existente a 14 de julio de 2017, debiendo presentar la parte ejecutante una nueva liquidación de la deuda en el plazo que el Juzgado fije.

No se hace pronunciamiento expreso en materia de costas ni en primera instancia ni en esta alzada.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así, por este auto, del que se unirá certificación literal al Rollo lo acuerdan, mandan y firman las Ilmas/as. Sras. Magistrados /as arriba reseñados.

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).

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ