



Roj: **SAP T 88/2019 - ECLI: ES:APT:2019:88**

Id Cendoj: **43148370032019100045**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **3**

Fecha: **19/02/2019**

Nº de Recurso: **105/2018**

Nº de Resolución: **50/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MANUEL GALAN SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 03 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil

Avenida Presid. Lluís Companys, 10 - Tarragona - C.P.: 43005

TEL.: 977920103

FAX: 977920113

EMAIL:aps3.tarragona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 4315542120178032239

Recurso de apelación 105/2018 -C

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Tortosa

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 254/2017

Parte recurrente/Solicitante: Rodrigo , María Esther

Procurador/a: Alejandro Granadero Jimenez, Alejandro Granadero Jimenez

Abogado/a: Camilo García Juani

Parte recurrida: CAIXABANK, S.A.

Procurador/a: ANNA SAGRISTA GONZALEZ

Abogado/a: Maria Del Mar Pirla Gomez

SENTENCIA N° 50/2019

MAGISTRADOS ILMOS. SRS.

GUILLERMO ARIAS BOO (Presidente)

JOAN PERARNAU MOYA

Manuel Galan Sanchez (Ponente)

Tarragona, a 19 de febrero de 2.019.

Visto ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial el **recurso de apelación interpuesto por D. Rodrigo y DÑA. María Esther** representados por el Procurador de los Tribunales Sr. Granadero Jiménez y defendidos por el Letrado Sr. Camilo García, contra la Sentencia de 23 de noviembre de 2.017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Tortosa , juicio ordinario núm. 254/2017, en el que figura como parte demandante CAIXABANK, S.A. representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Sagristà González y asistida por la Letrada Sra. Pirla Gómez, y como parte demandada los ahora apelantes.



ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La sentencia recurrida contiene el siguiente Fallo:

"Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por CAIXABANK S.A., representados por la Procuradora Sra. Sagristà González y asistida por la Letrada Sra. Pirla Gómez, contra Rodrigo y María Esther , declarados en rebeldía, debo:

1.- Declarar resuelto el contrato de crédito con garantía hipotecaria otorgado en escritura autorizada por el Notario de Cataluña, con residencia en Deltebre, D. José Luis Bellot Sempere, en fecha 28 de octubre de 2004, bajo el número 424 de su protocolo.

2.- CONDENAR y CONDENO de forma solidaria a la parte demandada al pago a la actora de la suma de CINCUENTA Y DOS MIL VEINTICINCO EUROS CON DIECISÉIS CÉNTIMOS (52.025'16 €) según desglose efectuado en el hecho Tercero de la demanda, así como de los intereses moratorios -al nominal pactado- (art. 1108 del Código Civil y art. 576 de la LEC) que se devenguen desde la interpelación judicial (30-5'2017) y hasta el completo pago de las cantidades adeudadas.

.- DECLARAR Y DECLARO que dichas cantidades podrán realizarse, en ejecución de sentencia, con cargo a la garantía hipotecaria otorgada a favor de la parte actora sobre la finca registral NUM000 de Deltebre, inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Tortosa, al Tomo NUM001 , Libro NUM002 , folio NUM003 , conforme lo pactado en la escritura de hipoteca, ordenando, la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, lo que se verificará en ejecución de sentencia, de acuerdo con las reglas que resultan del capítulo IV del Título IV, Libro III de la LEC, todo ello, sin perjuicio de cuantas otras posibles medidas ejecutivas pudieren solicitarse y acordarse en ejecución de sentencia, hasta el íntegro pago del crédito.

Todo ello, con expresa condena en costas a los demandados."

Segundo. Contra la mencionada Sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Rodrigo y DÑA. María Esther por los motivos expuestos en su escrito.

Tercero. Dado traslado del recurso a la adversa, por su representación procesal se ha presentado escrito de oposición.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Pronunciamientos impugnados.

Interponen D. Rodrigo y DÑA. María Esther el presente recurso de apelación contra la sentencia de instancia que estima la demanda formulada por CAIXABANK, S.A. en ejercicio de una acción de resolución del contrato de crédito con garantía hipotecaria suscrito por las partes derivada del incumplimiento de la obligación de pago de las cuotas pactadas.

Alega la parte recurrente, que fue declarada en situación procesal de rebeldía (folio 168 de las actuaciones), que el Juez, de oficio, puede apreciar el carácter abusivo de las cláusulas existentes en el contrato, citando como tal la cláusula referente al vencimiento anticipado contenida en el pacto sexto bis (v. folio 199 reverso).

Segundo. Declaración de rebeldía. Cosa juzgada.

De conformidad con el artículo 496 de la LEC , procederá la declaración de rebeldía del demandado que no comparezca en forma en la fecha o en el plazo señalado en la citación o emplazamiento. La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, y no presenta otro alcance que el meramente preclusivo (v. por todas STS de 03-06-2004); de ello se desprende que a pesar de la declaración de rebeldía de los demandados, continúa correspondiendo a la parte actora acreditar los hechos constitutivos de su pretensión (ex. artículo 217 de la LEC), de donde resulta que debe el Tribunal examinar, a la luz de las pruebas practicadas, la viabilidad de la acción ejercitada en la demanda, examen que ha de partir de que el demandado rebelde no ha impugnado la autenticidad de los documentos a la misma adjuntados, con los efectos prevenidos en el artículo 326,1º de la LEC , esto es, hacen prueba plena en el proceso.

De otro lado, disponiendo el artículo 499 de la LEC que cualquiera que sea el estado del proceso en que el demandado rebelde comparezca, se entenderá con él la sustanciación, sin que ésta pueda retroceder en ningún caso, lo que en modo alguno puede pretender la parte apelante es convertir el escrito interponiendo el recurso de apelación en una contestación a la demanda, de tal forma que lo que ahora alega debió ser alegado y objeto de prueba en el momento procesal oportuno.

Lo anterior debe ser puesto en relación, en el presente supuesto, con la institución de la cosa juzgada. Así, la STJUE de 26-01-2017 (ROJ: PTJUE 23/2017 - ECLI: EU:C:2017:60) trata la cuestión de la cosa juzgada y afirma:



"45 En este marco, procede dilucidar si, en tales circunstancias, la necesidad de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones del profesional y del consumidor por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstos impone al órgano jurisdiccional remitente la obligación de proceder de oficio a un nuevo control judicial de ese contrato, en contra de las normas procesales nacionales que aplican el principio de cosa juzgada.

46 A este respecto, procede recordar en primer lugar la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de cosa juzgada. Así, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos (véase, en particular, la sentencia de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apartados 35 y 36).

47 Asimismo, el Tribunal de Justicia ya ha admitido que la protección del consumidor no es absoluta. En particular, ha declarado que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véanse, en este sentido, las sentencias de), salvo que el Derecho nacional confiera a tal tribunal esa facultad en caso de vulneración de normas nacionales de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 53)".

Por tanto, tal y como ya hemos declarada en resoluciones anteriores (v. por todas Auto de 12-07-2018 -Roj: AAP T 701/2018 - ECLI:ES:APT:2018:701A-), el examen de las cláusulas abusivas de los contratos puede hacerse a instancia de parte o de oficio por el Juez, pero debe hacerse respetando las normas procesales y sin que pueda afectar a resoluciones ya firmes. Es decir, la parte demandada ahora recurrente pudo alegar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado si hubiera comparecido en tiempo y forma contestando a la demanda y, sin embargo, no lo hizo, por lo que es ella la que debe asumir las consecuencias de su actuación, o mejor dicho, de su falta de actuación procesal. Así, ha dicho este Tribunal en Auto de 15-05-2018, rollo 540/17: "SEGON.- SUBJECCIÓ DE LES FACULTATS DE CONTROL DEL JUTGE A LES REGLES DEL PROCEDIMENT 4. Així doncs, dins dels procediments (sigui el d'execució, execució hipotecària o monitori), el jutge pot actualment revisar, d'ofici o a instància de part, en els mateixos termes en què ho faria en relació amb qualsevol qüestió d'ordre públic, la legalitat de les condicions generals incorporades a un contracte d'adhesió per la part que n'ha predisposat el contingut, sempre i quan, és clar, l'objecte litigiós sobre el qual hagi de dictar la seva resolució tingui a veure amb el contracte en qüestió. Ho pot fer, doncs, en els mateixos termes en que exerciria un control d'ofici sobre qualsevol qüestió d'ordre públic, com ara una nul litat radical basada en una causa il·lícita. Això vol dir que ho ha de fer amb ple respecte a les normes del procediment, que defineixen quin és l'objecte sobre el qual ha de pronunciar la seva resolució, el moment en què l'ha de dictar, i els tràmits als quals resta subjecta. Per tant, el control l'ha de fer necessàriament en els moments processals que estableix la LEC i conforme a la mateixa, no podent mai prescindir del dret processal -en la mesura que aquest és ja, des de la seva reforma, plenament ajustat al Dret comunitari-, ni menys encara inventar-se tràmits o moments processals no establerts per la llei processal. 5. El respecte estricte per part del jutge nacional a la normativa processal interna quan controla, d'ofici o a instància de part, les possibles clàusules abusives, és una exigència constant del TJUE. Així ho ha recordat en diverses ocasions, com ara en la seva Sentència C-488-11, de trenta de maig de dos mil tretze, quan diu que ".....". Per tant, la protecció del consumidor ni és absoluta, ni permet mai prescindir de les normes processals internes quan aquestes ja prevegin i facultin la possibilitat de fer un efectiu control judicial de la possible abusivitat de les clàusules contractuals de consumidors."

No obstante lo anterior, y con la finalidad de evitar cualquier indefensión a la parte recurrente, analizaremos la cláusula que ahora, en el recurso, cuestiona.

Tercero. Cláusula de vencimiento anticipado.

Todos los Ordenamientos Jurídicos permiten al acreedor resolver el contrato ante incumplimientos esenciales. Y, así, el artículo 1.124 de nuestro Código Civil contempla la facultad de resolver las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe, y el artículo 1.129 CChace perder al deudor el beneficio del plazo concediendo acción al acreedor con carácter preventivo cuando existe un riesgo real de impago, tanto más cuando el impago ya se ha producido. Por tanto, ante el incumplimiento de la obligación esencial de amortización de las cuotas por el prestatario, en una reclamación interpuesta como la presente en la que a la fecha de interposición de la demanda ya se habían impagado numerosas cuotas, entendemos que dicho incumplimiento debe ser considerado grave, relevante y esencial en relación con las circunstancias del contrato de préstamo, sin que desde que se produjo el primer impago se haya puesto de manifiesto una



voluntad de efectuar el pago, concurren los requisitos para hacer perder al deudor el beneficio del plazo y que el acreedor reclame íntegramente la deuda pendiente.

Así, el **Pleno del Tribunal Supremo, en sentencia de 11-07-2018** (ROJ: STS 2551/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2551), fija la siguiente doctrina jurisprudencial:

"Por lo que se refiere al préstamo (mutuo), que es el contrato que aquí nos interesa, si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el art. 1124 CC . En todo caso, si se produce alguna de las circunstancias previstas en el art. 1129 CC , el prestatario (mutuario) pierde el derecho a utilizar el plazo, de modo que el crédito será ya exigible.

La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados). La afirmación de la posibilidad de que el prestamista pueda resolver el contrato, supone un reconocimiento de que se encuentra en la misma situación que tendría quien ya ha cumplido la obligación que le incumbe.

En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el art. 1124 CC , que abarca las obligaciones realizadas o prometidas . Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente.

El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad, como sucede en el caso litigioso que da lugar al presente recurso de casación. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al art. 1124 CC si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses .

Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario" .

En base a todo lo expuesto, el recurso de apelación ha de ser íntegramente desestimado.

Cuarto. Costas de la segunda instancia.

La desestimación del recurso determina la imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante (ex. artículo 398 de la L.E.C .).

FALLAMOS

Que DESESESTIMANDO INTEGRAMENTE el recurso de apelación interpuesto por D. Rodrigo y DÑA. María Esther contra la Sentencia de 23 de noviembre de 2.017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Tortosa , juicio ordinario núm. 254/2017:

1º) CONFIRMAMOS la citada resolución.

2º) Imponemos a la parte apelante las costas de esta alzada.

Devuélvanse los autos a dicho Juzgado, con certificación de la presente, a los oportunos efectos, interesándole acuse de recibo.

Así lo acordamos y firmamos.