



Roj: **SAP T 739/2019 - ECLI: ES:APT:2019:739**

Id Cendoj: **43148370012019100228**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2019**

Nº de Recurso: **917/2018**

Nº de Resolución: **250/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **SILVIA FALERO SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil**

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

TEL.: 977920101

FAX: 977920111

EMAIL:aps1.tarragona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 4314842120188006992

**Recurso de apelación 917/2018 -U**

Materia: Juicio ordinario condiciones generales de la contratación

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Tarragona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 44/2018**

Parte recurrente/Solicitante: Amador

Procurador/a: Raul Segura Diez

Abogado/a: Javier Rodellar González

Parte recurrida: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Procurador/a: Gerard Pascual Vallés

Abogado/a: JESSICA CLEMENTE OSUNA

**SENTENCIA Nº 250/2019**

**ILMOS. SRES.**

**Presidente**

D. Manuel Horacio García Rodríguez

**Magistrados**

D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Aguilar Vallino

D<sup>a</sup> Silvia Falero Sanchez

En Tarragona, a 26 de junio de 2019.

Visto ante la Sección 1<sup>a</sup> de esta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Raúl Segura Diez en representación de D. Amador y defendido por el letrado D. Javier Rodellar González en el Rollo nº 917/18, contra la sentencia dictada el 13 de julio de 2018 por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia



nº4 de Tarragona , en el procedimiento ordinario 44/18,al que se opuso Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA representado por el procurador D. Gerard Pascual Vallés y defendido por el letrado Dª. Jessica Clemente Osuna.

## ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida; y

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene la siguiente parte dispositiva: "Estimo la demanda interpuesta por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A contra D. Amador , y en consecuencia:

1.- Declaro el vencimiento anticipado del contrato de préstamo suscrito por las partes el 15 de julio de 1999, novada por el de 29 de julio de 2011;

2.- Condeno al demandado al pago a la actora de 48.288,11 €, más los remuneratorios pactado a partir del vencimiento y hasta el completo pago de la deuda, y al pago de las costas procesales causadas".

**SEGUNDO.-** Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por D. Amador , en base a las alegaciones que son de ver en el escrito presentado.

**TERCERO.-** Dado traslado a las demás partes personadas del recurso presentado para que formularsen adhesión o se opusieran al mismo, por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, se formuló oposición .

**CUARTO.-** En la tramitación de ambas instancias del procedimiento se han observado las normas legales.

Se designó ponente a la Magistrada Dª Silvia Falero Sanchez

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

1. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA entabló demanda de juicio ordinario ejercitando, con carácter principal, acción de resolución contractual, con condena al abono de la cantidad de 48.288,11 euros y subsidiariamente, acción de reclamación de las cantidades vencidas, por importe de 10.313,75 euros, y de las que venzan sucesivamente en cumplimiento del contrato del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 15 de junio de 1999, por importe de 210.354,24 euros, de 15 años de duración, y novado mediante escritura pública de 29 de julio de 2011, en cuanto al plazo y tipo de interés. El prestatario había dejado de atender las cuotas, ascendiendo la deuda vencida a fecha 10 de julio de 2017 a 10.313,75 euros , y el importe del capital no vencido a 37.974,36 euros.

2. El demandado no contestó a la demanda y fue declarado en rebeldía.

3. La sentencia de instancia estimó la demanda, declaró el vencimiento anticipado del contrato , y condenó al demandado al pago de la cantidad de 48.288,11 euros, más los intereses remuneratorios a partir del vencimiento y hasta el completo pago, al haber declarado la abusividad de la **cláusula** de intereses moratorios e impuso al demandado el pago de las costas.

**SEGUNDO.- Los motivos de apelación de la sentencia.**

Se alza el recurrente contra el pronunciamiento de la sentencia de instancia y denuncia error en la valoración de la prueba, cuando, afirma, que de la escritura del préstamo hipotecario se desprende la existencia de **cláusulas abusivas**, y el juez, de oficio, debe proceder a su apreciación, y tras su declaración , compensar el saldo favorable a favor del prestatario por la aplicación de tales **cláusulas**, que se determinará en ejecución de sentencia. Entiende el apelante que de la declaración de abusividad de tales **cláusulas** se colige la existencia de un incumplimiento contractual previo del acreedor, con cita de la exceptio non rite adimpleti contractus. Tales **cláusulas** son la relativa al vencimiento anticipado, comisión por reclamación de posiciones deudoras y **cláusula** gastos. Dedicar el recurrente el siguiente motivo del recurso a la improcedencia de la reclamación del capital no vencido, pues no procede la resolución contractual al amparo del art.1124 del CC , al no ser el préstamo un contrato bilateral, y el incumplimiento es de escasa entidad. No resulta procedente tampoco la resolución conforme al art.1129 del CC , al no existir una situación de insolvencia.

Decisión de la Sala.

1. Sobre el control de oficio de las **cláusulas abusivas**.

Ciertamente el TJUE ha declarado la posibilidad de control de oficio, sin necesidad siquiera de denuncia de parte, en la sentencia de 27 de junio de 2000 en los asuntos acumulados C- 240/98 , C- 241/98 , C-242/98 , C-243/98 y C-244/98 , Océano Grupo Editorial, SA, contra Virginia y otros razona que: El objetivo perseguido



por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las **cláusulas abusivas** no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas **cláusulas** (...).

Sin embargo, las cuestiones planteadas por el apelante , que no contestó a la demanda , ni formuló reconvencción sobre la nulidad de determinadas **cláusulas** son nuevas y no pueden ser objeto de examen, como resulta de la doctrina constante y reiterada de los tribunales. El recurso de apelación, aunque faculta al tribunal de segunda instancia para examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en la primera instancia, pues conforme a los principios "pendente appellatione, nihil innovetur", y de prohibición de la "mutatio libelli", la segunda instancia se puede pronunciar únicamente sobre lo que ha sido objeto de debate en la primera instancia ( Sentencias de 27 y 30 de noviembre de 2000 ) no admitiendo la introducción de cuestiones nuevas. Y este carácter debe afirmarse respecto de la abusividad denunciada, cuando no estamos ante un problema de **cláusulas abusivas** que permitiría su control de oficio por este tribunal sino de concurrencia o no de causa resolución del contrato de préstamo con garantía hipotecaria al amparo, no del propio contrato, sino del artículo 1124 CC y 1129 del CC . Ninguna de las **cláusulas** que invoca el recurrente tienen proyección sobre la resolución contractual. Lo pretendido en la demanda no es la reclamación del capital impagado y del anticipadamente vencido por la aplicación de la **cláusula** de vencimiento anticipado, sino, simplemente la resolución del contrato y la subsiguiente petición de condena de las cantidades adeudadas, lo es como efecto de la resolución declarada, sin que los importes reclamados incluyan cantidad alguna que obedezca a la aplicación de la **cláusula** de comisión por posiciones deudoras, y desde luego ninguna repercusión tiene en la determinación del saldo exigible, la **cláusula** gastos, como sí en cambio acontecía en cambio , con la relativa a intereses de demora, que se reclamaban en la demanda, y en este caso, el juez a quo, de oficio, declaró su abusividad.

El control de oficio que pretende el recurrente, es de estricta observancia cuando las **cláusulas** del contrato inciden y se proyectan sobre la pretensión actuada a través de la demanda , pero no cuando resultan ajenas a la misma y al objeto del proceso, pues en tal caso, corresponde a la parte, denunciar tal abusividad y ejercitar la oportuna acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación por vía de reconvencción o mediante excepción deducida en la contestación.

Tampoco podemos compartir con el apelante que la existencia de **cláusulas abusivas** suponga un previo incumplimiento por parte del acreedor que impida a este reclamar la resolución del contrato. Nada tiene que ver el empleo de **cláusulas** no negociadas individualmente, y su posible control de abusividad o transparencia, con el cumplimiento del prestamista de sus obligaciones, que de hecho fueron cumplidas.

2. Sobre la aplicación de la resolución contractual conforme al art.1124 del CC de un contrato de préstamo.

Esta cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 de julio de 2018 , en la que desestimó un recurso de casación interpuesto frente una sentencia que aplicó el artículo 1124 CC y declaró la resolución de un contrato de préstamo por incumplimiento grave. El Tribunal Supremo razona que tratándose de préstamos con interés, existen dos prestaciones recíprocas, por lo que es posible aplicar el artículo 1124 del Código Civil en los casos de incumplimiento resolutorio, pues no se requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente.

3. Sobre la concurrencia de los requisitos del artículo 1.124 del Código civil .

El préstamo, por un importe de 210.354,24 se suscribió en fecha 15 de junio de 1999, a abonar en 180 cuotas, con vencimiento el 30 de junio de 2014. Dicho plazo de amortización se amplió en virtud de la escritura de novación hasta el 31 de julio de 2016. El prestatario no atendió el pago durante dos años.

Estas circunstancias, pese a lo sostenido por el apelante configuran un incumplimiento grave y esencial por parte del prestatario y que faculta plenamente a entidad bancaria a resolver el contrato, dados los términos del artículo 1124 del Código Civil .

Dicho incumplimiento, debe calificarse de esencial, pues afecta a la principal obligación del prestatario, que es la devolver el capital recibido es además grave, y frustra la finalidad del contrato y el derecho del prestamista a que le sea devuelta la cantidad prestada. Se trata de la falta de pago continuada durante dos años de las cuotas de amortización pactadas, y si utilizáramos como parámetro de referencia el art.24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo , reguladora del crédito inmobiliario, para ponderar la gravedad del incumplimiento, se cumplirían los requisitos para declarar vencido anticipadamente el préstamo.

### **TERCERO.- Régimen de costas.**

Al desestimarse el recurso de apelación, procede imponer al apelante las costas de esta alzada de conformidad con el art.398 de la LEC .



VISTOS los preceptos legales y demás aplicables.

## **FALLO**

El Tribunal decide.

1º.- Que declaramos NO HABER LUGAR a la apelación interpuesta por el procurador D. Raúl Segura Diez en representación de D. Amador , contra la sentencia dictada el 13 de julio de 2018 por el Juzgado de 1ª Instancia nº4 de Tarragona , en el procedimiento ordinario 44/18, cuya resolución confirmamos .

2º.- Con imposición de las costas de esta alzada al apelante.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales ( art. 469 - 477 - Disposición Final 16ª LEC ), y se interpondrá, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Así por esta nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ