AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA SECCIÓN SEXTA

Rollo de apelación nº 104/2.020

SENTENCIA Nº 104

Ilmos. Sres.:	
Presidente:	
DON JOSÉ ANTONIO LAHOZ RODRIGO	
Magistradas:	
DOÑA MARÍA-EUGENIA FERRAGUT PÉR	EZ
DON JOSÉ FRANCISCO LARA ROMERO	

En la ciudad de Valencia a trece de mayo de dos mil veinte.

Vistos por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de Juicio Ordinario n.º 723/2.018 seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7 de VALENCIA, entre partes: de una como apelante y apelada la demandada DÑA.

y D.

representados por el Procurador D.

y dirigida por la Letrada Dª MARÍA ARANZAZU JURADO ALCORIZA, y, de otra, como apelada y apelante la demandante CAIXABANK S.A., representada representada por el Procurador D.

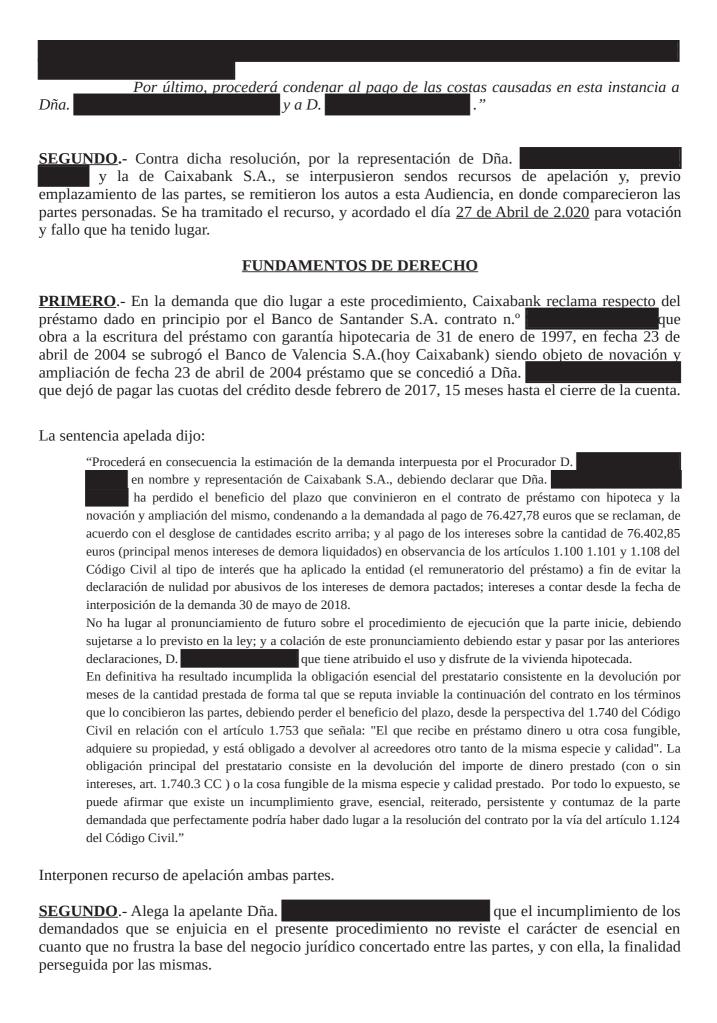
y dirigida por el Letrado D.

Es Ponente Dña. MARÍA-EUGENIA FERRAGUT PÉREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En dichos autos se dictó sentencia el 3 de Diciembre de 2.019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Estimando la demanda interpuesta por el Procurador D.	en
nombre y representación de Caixabank S.A., debiendo declarar y declarando que Dña.	
en relación al préstamo hipotecario n.º	de la
escritura de 31 de enero de 1997 ante el notario D.	y en
relación a la novación y ampliación de dicho préstamo operada por la escritura 23 de abr	ril de
2004 en favor del Banco de Valencia SA (hoy Caixabank) ante el notario D.	
, préstamo ha perdido el beneficio del plazo debiendo ser condenada al pago	de la
cantidad de 76.427,78 euros; y al pago de los intereses sobre la cantidad de 76.402,85 euro	os, al
tipo de interés fijado en el contrato como remuneratorio a contar desde la fecha de interposici	ón de
la demanda 30 de mayo de 2019.	
Debiendo estar y pasar por las anteriores declaraciones D.	
en relación al uso y disfrute que tiene atribuido sobre el inmueble hipotecado sito en la	calle



Que utilizando los criterios que hoy establece el artículo 129 Bis de la ley Hipotecaria según la reforma que en la misma introdujo la Ley 5/ 2019 de 15 de Marzo, aunque al momento de producirse la demanda iniciadora del presente procedimiento dichos criterios únicamente figuraban en el Proyecto de dicha Ley de Reforma, se acredita que dicho incumplimiento tampoco reviste el carácter y la intensidad necesaria para poder ser calificado de grave, y ello, con base, sustancialmente, en los siguientes motivos:

- 1.- Que programada la duración del préstamo en 25 años y su amortización a interés variable en fechas comprendidas entre el 23 de Mayo de 2004 y el 23 de Abril de 2029, el primer periodo de duración del préstamo quedó comprendido entre el 23 de Mayo de 2004 y el 23 de Octubre de 2016, y el segundo periodo de la duración del préstamo correspondería la periodo comprendido entre el 23 de Noviembre de 2016 y el 23 de Abril de 2029.
- 2º.- Producido el cierre de la cuenta en fecha 20 de Abril de 2018 según se desprende de la certificación del saldo deudor que, señalado de Documento número seis se acompaña con el escrito de demanda, resulta incuestionable que el cierre de la cuenta tuvo lugar durante el segundo periodo de la duración del préstamo.
- 3°.- Perderá el deudor el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato, dice el artículo 129 Bis párrafo 1º de la ley Hipotecaria-, si concurren los siguientes requisitos (a) que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses, (b) que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos ii al 7% de la cuantía del capital concedido si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de duración del préstamo. Considerándose cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 15 plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a 15 meses.

Por ello solicita que se le condene a satisfacer a la entidad bancaria demandante CAIXABANK SA únicamente el importe de la cantidad que, por cuotas de principal, e intereses ordinarios y de demora, se adeudaba a la fecha del cierre de la cuenta en 20 de Abril de 2018, así como, en su caso, el importe de las cuotas que hayan podido resultar impagadas con posterioridad a la fecha del 20 de Abril de 2018, en la que tuvo lugar el cierre de la Cuenta, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

Se opone Caixabank Alegando que la apelante no tiene en cuenta que ha dejado de abonar durante 13 meses sus cuotas, y actualmente asciende a 36 cuotas pues continúa sin rectificar su conducta rebelde, por ello lleva sin hacer frente a la deuda desde mayo de 2017.

En el momento de presentar la demanda se optó por el procedimiento declarativo ordinario, aplicando la doctrina sobre incumplimiento de las obligaciones, dado que la cláusula de vencimiento anticipado no supone más que la materialización y concreción de la facultad resolutoria que prevé con carácter general el art. 1.124 del Código Civil en relación con los art. 1254 y ss. del mismo texto, que, en última instancia, faculta al contratante cumplidor para que, en el supuesto de que el otro incumpla, pueda exigirle el cumplimiento de lo acordado o resolver el contrato. No le es de aplicación la jurisprudencia sobre la cláusula de vencimiento anticipado.

TERCERO.- La constitución de hipoteca, confiere acción hipotecaria que puede ejercitarse a través de los procedimientos contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Civil: procedimiento de ejecución dineraria, Libro III, Título IV (arts. 571 y ss.), el procedimiento del Capítulo V (arts. 681 y ss.) regulador de las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados. Pero también el acreedor puede reclamar la realización de valor del bien hipotecado acudiendo al procedimiento declarativo. Ni la Ley Hipotecaria (art. 126 y 127) ni la Ley de Enjuiciamiento Civil contienen restricción de ningún tipo. El acreedor cuyo título de crédito contenga una cláusula afectada de nulidad, para poder reclamar el crédito en su totalidad, al no poder declarar el vencimiento anticipado

unilateralmente dada la nulidad de la cláusula, únicamente tiene a su alcance la opción de instar el procedimiento declarativo para que, ante el incumplimiento del deudor, se declare la pérdida del beneficio del plazo según lo previsto en el art. 1129 Cód. Civil, en relación con el art. 1124 ante el incumplimiento del deudor, el acreedor puede reclamar el cumplimiento de la obligación pero con pérdida del beneficio del plazo.

Recordaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2008 que:

"el acreedor con garantía hipotecaria puede optar por ejercitar la acción real contra el bien hipotecado, la personal declarativa o la ejecutiva frente a los obligados por el préstamo escriturado."

En el presente caso, la acción se ejercita mediante un procedimiento declarativo, que no se funda en la cláusula de vencimiento anticipado, sino en el artículo 1.124 del Código Civil, es decir, ante el incumplimiento por parte de los demandados.

Así pues, la cuestión de la validez o nulidad de la cláusula del contrato de préstamo referida a su vencimiento anticipado a instancia del prestamista por el incumplimiento del prestatario es inútil al objeto del pleito, por cuanto la reclamación del saldo deudor del préstamo, en el presente caso, no se formula en el ámbito del proceso de ejecución, ordinaria o hipotecaria.

El TS expresó obiter dictum, en sus sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, en los que da por sentado la oportunidad de acudir a la vía declarativa para obtener la resolución contractual con amparo en el art. 1124 CC -, la decisión de aceptar la aplicación de la condición resolutoria tácita a un contrato de préstamo resulta apropiada, siquiera porque origina obligaciones para ambas partes contratantes, que habrán de ser la del prestamista de entregar la cosa y la del prestatario de devolver o reintegrar lo prestado, de acuerdo en ambos casos con lo previsto en el art. 1753 CC. Precisamente de tal naturaleza surge la directa aplicación del art. 1124 CC para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones en las relaciones recíprocas, que se reconoce en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL, art. 9:304) o en los Principios Unidroit (art. 7.3.3), en los supuestos de incumplimiento previsible o anticipado que puede tener trascendencia resolutoria al igual que si fuera un incumplimiento definitivo actual, al facultarse al contratante cumplidor a resolver cuando antes del vencimiento del plazo contractual resulta ya patente que el deudor incurrirá en un incumplimiento esencial (STS 18 de julio de 2013).

Es doctrina comúnmente admitida (STS 18 de febrero de 2016) que, en nuestro ordenamiento jurídico, el *artículo 1129 del Código Civil* prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo; y el *artículo 1124 del mismo Código* permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento.

Puede fundarse la exigencia del cumplimiento o la resolución del contrato únicamente en el incumplimiento total o propio de la contraparte, sin que baste para la resolución el incumplimiento de prestaciones accesorias, que no impidan al acreedor obtener el fin económico del contrato (STS 21 de septiembre de 1990), y sin que, en principio, sea suficiente el simple retraso o cumplimiento tardío (STS 27 de noviembre de 1992), ha venido siendo doctrina comúnmente

admitida (SSTS 20 de junio de 1990, 16 de abril de 1991 y 25 de noviembre de 1992), que la viabilidad de la facultad resolutoria, ejercitable en vía judicial o extrajudicial, si bien en este último caso precisada de la sanción judicial, de ser impugnada por la contraparte (STS 4 de abril de 1990), hace precisa la concurrencia, no sólo de la existencia de un vínculo contractual vigente, y de la reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, sino además que la otra parte haya incumplido de forma grave las obligaciones que le incumbían; que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta de éste que de un modo indubitado, absoluto, definitorio e irreparable lo origine; y que quien ejercita la facultad resolutoria no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es lo que motiva el derecho de resolución del contrario y lo libera de su compromiso.

Aunque la doctrina expuesta se ha ido matizando posteriormente, de modo que, en la actualidad, es doctrina comúnmente admitida (SSTS 7 de mayo y 15 de julio de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 20 de septiembre de 2006 y 5 de febrero y 31 de mayo de 2007), que no se exige para la apreciación de una situación de incumplimiento resolutorio una patente voluntad rebelde, y tampoco una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, injustificado o producido por causa no imputable al que pide la resolución, habiendo abandonado la jurisprudencia, hace tiempo, las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato.

<u>CUARTO</u>.- El mero retraso no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés, jurídicamente protegible, en que se decrete la resolución, por lo que la situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, cuando se dan los presupuestos que, entre otros, señala el *artículo 1100 del Código Civil*, con las consecuencias que indican preceptos como los *artículos 1101*, *1096*, *1182*, *y demás, del Código civil*, pero no necesariamente a la resolución, que tiene el carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio (SSTS *25 de noviembre de 1983*, *22 de marzo de 1993* o *18 de noviembre de 1994*)

Por lo tanto, para que proceda la resolución del contrato, es necesario que, además de que quien promueve la resolución haya cumplido las obligaciones que le correspondieran, por una parte, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un "interés jurídicamente atendible", lo cual expresa, en sentido negativo, la posibilidad de apreciar el carácter abusivo o contrario a la buena fe, o incluso doloso, que puede tener la resolución cuando se basa en un incumplimiento más aparente que real, pues no afecta al interés del acreedor en términos sustanciales, o encubre la posibilidad de conseguir un nuevo negocio que determinaría un nuevo beneficio.

Y, por otra parte, es necesario que el incumplimiento del deudor se trate de un incumplimiento de cierta entidad, que se ha caracterizado como "verdadero y propio" (SSTS 15 de noviembre de 1994, 7 de marzo y 19 de junio de 1995), "grave" (SSTS 23 de enero y 19 de diciembre de

1996, 30 de abril y 18 de noviembre de 1994), "esencial" (SSTS 26 de septiembre de 1994, y 11 de abril de 2003), que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados (SSTS 25 de noviembre de 1983 y 19 de abril de 1989), o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (SSTS 22 de marzo de 1985 y 24 de septiembre de 1986) o bien que genere la frustración del fin del contrato (SSTS 23 de febrero de 1995 y 15 de octubre de 2002), o la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones, o la quiebra de la finalidad económica, o la frustración del fin práctico del contrato (SSTS 19 de noviembre de 1990, 21 de febrero de 1991, 15 de junio y 2 de octubre de 1995).

QUINTO.- Dice la STS de 11 de Julio de 2.018 (Roj: STS 2551/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2551):

"Doctrina de la sala sobre la aplicación del art. 1124 CC a los contratos de préstamo

El *art.* 1124 *CC* se refiere a la facultad de resolver las obligaciones «recíprocas» para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. Este remedio legal frente al incumplimiento solo se reconoce, por tanto, en los contratos con prestaciones recíprocas, contratos de los que surgen vínculos recíprocamente interdependientes, en los que la obligación de una parte pueda considerarse causa de la de la otra (*art.* 1274 *CC*).

El *art.* 1124 CC refiere la facultad resolutoria como remedio frente al incumplimiento de una de las partes cuando medien entre ellas vínculos recíprocos. Cuando no es así y del contrato solo nace obligación para una de las partes, no hay posibilidad de resolver conforme al *art.* 1124 CC y el ordenamiento establece las condiciones en que se puede poner fin a la relación. Basta recordar los *arts.* 1733 y 1736 CC para el mandato, los *arts.* 1775 y 1776 CC para el depósito o los *arts.* 1749 y 1750 CC para el comodato. En ocasiones, la ley atribuye un derecho de retención como garantía del cumplimiento de obligaciones que nacen «ex post», que dan lugar a créditos que por no nacer necesariamente del contrato no son correspectivos y, como tales, no permitirían aplicar la resolución por incumplimiento (*art.* 1730 CC para el mandato, *art.* 1780 CC para el depósito; no así para el comodato, para el que, apartándose de los precedentes históricos, el *art.* 1747 CC niega al comodatario la facultad de retener la cosa prestada aunque el comodante le deba algo, incluso aunque lo debido sean gastos cuya satisfacción corresponda al comodante).

En estos contratos que se acaban de mencionar, salvo en el comodato, que es esencialmente gratuito, puede fijarse retribución y, entonces, nos encontramos ante dos obligaciones recíprocas, para las que podrá valorarse si el incumplimiento de una de las partes es esencial de modo que ya no resulte exigible a la otra seguir vinculada.

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."

En este caso, las cuotas del préstamo han dejado de ser pagadas desde el mes febrero de 2.017 habiéndose producido el cierre de la cuanta el día 20 de abril de 2.018, es decir, 13 cuotas.

Y como nos encontramos en la segunda mitad de duración del préstamo no nos encontramos ante un grave incumplimiento a tenor de lo que estable el art 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, sobre el vencimiento anticipado:

- "1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:
- a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.
- b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:
- i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.
- ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses."
- c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.
- 2. Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario."

Esta Ley ha de ser aplicable al caso que analizamos porque ha dicho la Sentencia del Pleno del TS del 11 de septiembre de 2019 (ROJ: **STS 2761/2019** - ECLI:ES:TS:2019:2761) en relación con el procedimiento de ejecución hipotecaria y en concreto en relación a la cláusula de vencimiento anticipado que:

"Deben interpretarse conjuntamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y el ATJUE de 3 de julio de 2019 en el asunto C-486/16, con la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso C- 415/11 (Aziz), y con nuestra jurisprudencia, de tal manera que, siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art.

693.2 LEC (en la redacción dada por la Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

Se trata de una interpretación casuística en la que habrá que ver cuántas mensualidades se han dejado de pagar en relación con la vida del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor."

Y dentro de dicha interpretación, puede ser un elemento orientativo de primer orden comprobar si se cumplen o no los requisitos del art. 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI)"

Y así tomando el contenido de dicha Ley como criterio orientativo para valorar la gravedad del incumplimiento, porque en definitiva estamos también ante una resolución contractual que implica la pérdida del beneficio del plazo, acreditado el impago de las cuotas del préstamo de trece cuotas, y en todo caso la falta de pago de menos del 7% del capital prestado, ya que nos encontramos en la segunda mitad de vida del préstamo, no podemos estimar que se trate de un grave incumplimiento, y por ello no procede resolver el contrato.

Se estima el recurso y se desestima la demanda.

<u>SEXTO</u>.- En su recurso de apelación, pide Caixabank que se complemente y revoque la sentencia recurrida y se reconozca que ha lugar a declarar que CAIXABANK, S.A. tiene derecho a la ejecución de la sentencia que se dicte en su día se realizará con cargo, entre otros, al derecho real de hipoteca que garantiza el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contrato impagado, conservando dicha hipoteca su preferencia y rango tal como fue pactada en la escritura referida.

Al ser estimado el recurso de la demandada y desestimada la demanda carece de sentido resolver sobre lo pretendido en el recurso de la demandante Caixabank.

SÉPTIMO.- Conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer expresa condena en costas en esta alzada al ser estimado el recurso de la Sra. Sánchez y, en cuanto al de Caixabank tampoco procede la condena en costas a la vista de que la sentencia apelada no tuvo en cuenta la citada STS de 11 de Septiembre de 2.019 y al estimar íntegramente su demanda y no obstante no resolver sobre la pretensión a la que se refiere el anterior fundamento, propició que se interpusiera su recurso que no es necesario resolver.

En cuanto a las costas de la primera instancia, se imponen a Caixabank S.A.

OCTAVO.- La desestimación del recurso de Caixabank conlleva la pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

FALLAMOS

- 1. Estimamos el recurso interpuesto por DÑA.
- 2. Desestimamos el recurso interpuesto por CAIXABANK S.A.

- 3. Revocamos la sentencia apelada y en su lugar:
 - a) Desestimamos la demanda interpuesta por Caixabank contra Dña.
- a. ____

- y I
- b) Absolvemos a los demandados de las pretensiones que frente a ellos contiene la demanda.
 - c) Imponemos las costas a la demandante.
 - 4. No hacemos expresa condena en costas en este recurso.

Dese al depósito constituido para recurrir, su destino legal.

Esta sentencia no es firme y frente a ella cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por interés casacional.

El referido plazo se iniciará a partir del día hábil siguiente al levantamiento de la suspensión de los plazos procesales.

A su tiempo, devuélvanse al Juzgado de procedencia los autos originales, con certificación de esta resolución para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia, lo acordamos y firmamos