



Roj: **SAP V 5258/2019 - ECLI: ES:APV:2019:5258**

Id Cendoj: **46250370112019100486**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **11**

Fecha: **06/11/2019**

Nº de Recurso: **39/2019**

Nº de Resolución: **490/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ALFONSO AROLAS ROMERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN UNDÉCIMA

VALENCIA

NIG: 46250-42-1-2017-0029715

Procedimiento: RECURSO DE APELACION (LECN) [RPL] N° 39/2019- AM Dimana del Juicio Ordinario [ORD] N° 000806/2017

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE VALENCIA

Apelante: D. Fabio Y DÑA. Verónica .

Procurador.- D. MANUEL ANGEL HERNANDEZ SANCHIS.

Apelado: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA.

Procurador.- Dña. NATALIA DEL MORAL AZNAR.

SENTENCIA N° 490/2019

=====

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente

D. JOSE ALFONSO AROLAS ROMERO

Magistrados/as

DÑA. SUSANA CATALAN MUEDRA

D. GONZALO MARIA CARUANA FONT DE MORA

=====

En Valencia, a seis de noviembre de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sección Undécima de esta Audiencia Provincial, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ALFONSO AROLAS ROMERO, los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 806/2017, promovidos por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA contra D. Fabio Y DÑA. Verónica sobre "acción declarativa de vencimiento anticipado y reclamación de cantidad", pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por D. Fabio Y DÑA. Verónica , representados por el Procurador D. MANUEL ANGEL HERNANDEZ SANCHIS y asistidos del Letrado Dña. MARIA DOLORES ARLANDIS ALMENAR contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, representado por la Procuradora Dña. NATALIA DEL MORAL AZNAR y asistido de la Letrado Dña. PAULA ROMERO ALEIXANDRE.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 DE VALENCIA, en fecha 27 de julio de 2018 en el Juicio Ordinario [ORD] - 806/2017 que se tiene dicho, dictó sentencia conteniendo el siguiente pronunciamiento: "FALLO: Que estimando como estimo parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales D.^a Natalia del Moral Aznar, en representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., bajo la dirección letrada de D.^a Paula Romero Aleixandre, contra D. Fabio y D.^a Verónica, representados por la procuradora de los tribunales D.^a Natalia Del Moral Aznary asistidos por la letrada D.^a M^a Dolores Arlandis Almenar: 1) Declaro la resolución (por incumplimiento) del contrato de préstamo con garantía hipotecaria otorgado mediante escritura pública ante el notario de Alboraya (Valencia), don Antonio- Jorge Serra Mallol, en fecha 25 de agosto de 2009, con el nº 1.138 de su protocolo. 2) Condeno, a los demandados a pagar solidariamente a la actora 66.522'28 (23.145,40 € de deuda vencida pendiente de pago (de los que 17.512,93 € corresponden a capital: y 5.632,47 € a intereses devengados) y 43.376'88 € de deuda no vencida (de los que 43.341,54 € corresponden a capital, y 35,34 € a intereses devengados del capital pendiente desde el 30 de abril de 2017 y 11 de mayo de 2017), así como de los intereses moratorios que se devenguen desde la interpelación judicial, y hasta el completo pago de las cantidades adeudadas a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.. 3) No procede ordenar la realización del derecho de hipoteca mencionado en el Hecho 2º de la demanda. 4) No hago expresa imposición de costas por lo que cada una de las partes abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Que estimando como estimo la demanda reconventional interpuesta por el procurador de los tribunales D. Manuel Hernández Sanchisen representación de D. Fabio y D.^a Verónica, asistidos por la letrada Paula Romero Aleixandre, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., representado por la procuradora de los tribunales D.^a Natalia del Moral Aznar, bajo la dirección letrada de D.^a M^a Dolores Arlandis Almenar: 1.- Declaro abusivo, y por ende nulo el pacto "SEXTO BIS.- CAUSAS DE RESOLUCIÓN Y VENCIMIENTO ANTICIPADO", en tanto que autoriza a la parte prestataria a declarar vencida la operación y exigir la devolución de las cantidades que por cualquier concepto se adeuden sin necesidad de esperar al vencimiento pactado. 2.- Condeno en costas a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.", dictándose en fecha 23 de octubre de 2018 AUTO ACLARATORIO cuya PARTE DISPOSITIVA es del tenor literal siguiente: "ACUERDO: no haber lugar a completar la sentencia de fecha 27 de julio de 2018".

SEGUNDO.-

Contra dicha sentencia, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de D. Fabio Y D^{ÑA}. Verónica, y emplazadas las demás partes por término de 10 días, se presentó en tiempo y forma escrito de oposición por la representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA. Admitido el recurso de apelación y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, se señaló para deliberación y votación el día 4 de noviembre de 2019.

TERCERO.-

Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SOLO SE ACEPTAN los fundamentos de derecho de la sentencia apelada en aquello que no se opongan a lo que se dirá en la presente, y en aquello que por no recurrido deviene firme.

PRIMERO.-

Habiéndose convenido el 25 de agosto de 2009, entre la entonces "Caixa d'Estavis de Catalunya", luego "Catalunya Banc" y después "Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria SA" -BBVA, SA- con D. Fabio y D^{ña}. Verónica, como prestatarios, un contrato de préstamo hipotecario por 70.000 € a amortizar en trece años, en 156 cuotas mensuales de 635'15 € cada una, como quiera que fueran impagadas 42 cuotas de amortización al 30 de abril de 2017, por BBVA se planteó demanda de juicio ordinario contra los citados prestatarios interesando, con aplicación de los arts. 1124 y 1129 CC, que se declarara vencida anticipadamente la obligación de pago de tal préstamo y que se condenara a los demandados al pago anticipado de la cantidad que restaba por devolver por principal, ascendente a la suma de 66.522'28 € más intereses, o subsidiariamente que se declarara resuelto el contrato con pago de igual cantidad, o subsidiariamente que se condenara al pago de las cantidades vencidas por importe de 23.145'40 €.

A tales pretensiones se opusieron los demandados, alegando la falta de legitimación activa, la indebida acumulación de acciones por ser incompatibles, y la excepción de pago y la inaplicación de los arts. 1124 y 1129 del CC, ya que no había habido incumplimiento contractual alguno, dado que una cuenta a su nombre



había sido pignorada por 52.000 €, cuyo fin era superponer la garantía de la hipoteca, con el pacto de poder despignorar de la cuenta al vencimiento de cada cuota mensual de amortización la cantidad correspondiente a cada cuota que resultara vencida e impagada; y a la vez reconviniere para que se delarara la abusividad de la cláusula contractual 6ª bis de vencimiento anticipado.

Planteado en esos términos el litigio, la sentencia recaída en la instancia estimó en parte la demanda, en cuanto a la resolución contractual y condena al pago de 66.522'28 €, no accediendo al pronunciamiento sobre la ejecución, ello sin costas; y estimó la reconvención con imposición a la actora reconvvenida de las costas correspondientes.

Contra dicha resolución, únicamente se alzó en apelación la parte demandada-reconviniere a fin de que se dejara sin efecto la estimación de la demanda, ya que a los demandados no podía imputarseles incumplimiento alguno en la amortización del préstamo, dada la garantía prendaria que habían ofrecido de 52.000 €.

SEGUNDO.-

Aquietada la parte actora-reconvvenida al pronunciamiento relativo a la reconvención, que por ello deviene firme, y circunscrito el recurso de apelación al pronunciamiento resolutorio del contrato de préstamo en base al art. 1124 del CC, y a la declaración de su vencimiento anticipado en base al art. 1129 CC, se ha de significar que en estos supuestos relativos a un contrato de préstamo, sea para su resolución, sea para su cumplimiento, son plenamente aplicables ambos preceptos.

De un lado, porque si bien es cierto que se está ante una obligación a plazo que tenía como vencimiento pactado para la devolución del capital prestado el 30 de agosto de 2022 y por ende, en principio, dicha obligación no era exigible al tiempo de interponerse la demanda en virtud de lo establecido en el art. 1125 del CC; también es cierto que, dado el plazo contractual convenido (13 años) habiendo dejado de abonar la parte prestataria las cuotas mensuales pactadas durante cuarenta y dos meses hasta la liquidación de la deuda en abril de 2017, se ha de considerar que en principio se podría estimar que los demandados se colocaron voluntaria o involuntariamente en una situación de insolvencia que da lugar al vencimiento anticipado del art. 1129 nº 1 y 3 del C.C., ya que la imposibilidad actual y futura de afrontar la parte demandada las responsabilidades contractuales asumidas sirven para justificar su precariedad económica equivalente a su insolvencia, aún no declarada, que, asimismo, sirve para determinar la pérdida del plazo y el vencimiento anticipado del contrato, debiendo entender que se resuelve y pone fin de la misma manera al contrato, pero por su finalización anticipada por pérdida del plazo, y en todo caso sin conllevar, consecuentemente, la extinción de la garantía hipotecaria, pues la deuda garantizada subsiste, y no por aplicación del vencimiento anticipado convenido en la cláusula sexta bis del préstamo hipotecario, que es nula por abusiva, como reiteradamente se tiene declarado jurisprudencialmente.

Y de otro lado, porque, además a criterio de la Sala, plasmado en sentencia 202/15 de 27 de julio, reiterada en sentencia 308/18 de 18 de julio, y otras posteriores, igualmente resulta aplicable, bien para la resolución, bien para el cumplimiento del contrato por incumplimiento de la prestataria de su obligación de abonar las cuotas correspondientes a amortización, el art. 1124 del C.C. que invoca la parte actora en su demanda, en relación con el antes mencionado art. 1129 del C.C.

Cierto es que la doctrina ha venido entendiendo tradicionalmente, aunque no unánimemente que el contrato de préstamo es un contrato real, que se perfecciona con la entrega de la cosa, y unilateral porque genera obligaciones solo para el prestatario, pero la realidad social del momento, en que la protección al consumidor se aplica a ultranza en su exigencia, no puede llevar consigo que un contrato de préstamo pactado para muchos años, sin cláusula expresa de resolución, pueda ser incumplido reiteradamente por el prestatario sin que se de oportunidad al prestamista de resolverlo o de exigir su cumplimiento adelantado por vía del art. 1124 CC, al venir referido este precepto solo a las obligaciones recíprocas, pues ello nos llevaría, de un lado, a que el prestatario pudiera cumplir el contrato a su arbitrio con infracción del art. 1258 del C.C., y, de otro, a que el prestamista sufriera tal desequilibrio contractual que solo podría obviarse bien cayendo en el olvido el contrato de préstamo, con las nefastas consecuencias socio-económicas que ello comportaría, bien mediante cláusulas aberrantes de vencimiento anticipado, que lo permitan por el mero impago de cualquier cuota de amortización de capital o de intereses, o por el simple incumplimiento de cualquier nimia obligación pactada que en la actualidad se están declarando ineficaces por resultar abusivas en las relaciones entre un profesional y un consumidor al producirse igualmente un desequilibrio entre los contratantes, lo cual tampoco debe ser amparado en derecho.

Así pues la Sala entiende que la realidad social del momento a que se refiere el art. 3.1 C.C. y a la que últimamente ha acudido el Tribunal Supremo con frecuencia para adecuar la doctrina tradicional a las nuevas exigencias que impone la realidad social contemporánea, nos lleva a interpretar el contrato de préstamo, integrándolo en la normativa del C.C., de una parte, como un contrato que si bien jurisprudencialmente se ha



configurado como real, no deja de ser por ello consensual, como así alguna que otra sentencia del Tribunal Supremo lo ha admitido; y, de otra parte, como un contrato bilateral que genera obligaciones recíprocas y al que es plenamente aplicable el art. 1124 C.C. Y esto por las siguientes consideraciones: en primer lugar, porque no hay precepto genérico en el C.C. que diga que los contratos se perfeccionan con la entrega de la cosa objeto del negocio jurídico, pero si lo hay que sienta que los contratos se perfeccionan con el consentimiento (art. 1258 C.C.), con lo que, en principio, todo contrato es consensual; en segundo término, porque es difícil imaginar que una persona haga un préstamo de una cosa no fungible (comodato) o de dinero u otra cosa fungible (préstamo o mutuo), sin que previamente haya consentido el prestamista dicha entrega, de ahí que el art. 1258 del C.C. disponga que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso, y a la ley" y el art. 1254 del C.C. establezca que "el contrato existe desde que uno o varias personas consiente en obligarse, respecto de otra y otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio"; en tercer lugar, porque en el campo específico del contrato de préstamo tampoco hay precepto que expresamente establezca que dicho contrato se perfecciona con la mera entrega de la cosa; en cuarto lugar, porque a entender de esta Sección el contrato de préstamo se perfecciona con el consentimiento, se consuma con la entrega de la cosa prestada (momentos que pueden o no coincidir en el tiempo) y se extingue cuando se cumple con la devolución de lo que fue objeto de préstamo, con o sin intereses; y finalmente, porque si el contrato unilateral es el que origina obligaciones para una de las partes sin que la otra asuma obligación alguna, y el contrato bilateral, sinalagmático o recíproco es el que genera obligaciones para ambas partes contratantes, la Sección se inclina por considerar que el préstamo es bilateral porque genera obligaciones recíprocas, cual si de un "do ut des" se tratara: la del prestamista, entregar la cosa o dinero objeto del préstamo; y la del prestatario devolver lo prestado con o sin intereses. Así, ambas obligaciones recíprocas están previstas en el art. 1740 Pfo. 1º del C.C. cuando dice que "por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato o dinero, u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo". Cierto es que el art. 1753, relativo al simple préstamo o mutuo dice que "el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere en propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad", y que de dicho tenor se ha inferido su carácter real y unilateral, pero la Sala entiende que dicho precepto, refiriéndose en su literalidad a la consumación del préstamo y no a su perfección, no implica la existencia de una obligación unilateral, sino que, precisamente, presupone la bilateralidad, pues frente a la obligación de devolver lo prestado, se halla la previa entrega de la propiedad de lo entregado por parte del prestamista. De ahí que pueda hablarse de obligaciones recíprocas en el préstamo (entregar y devolver) y que sea aplicable al mismo lo dispuesto en el art. 1124 del C.C. como así ha venido a reconocer el Tribunal Supremo en sentencia del Pleno de la Sala Primera de 11 de julio de 2018.

Si a lo dicho se une que por vía del art. 1255 del C.C. y del consentimiento contractual cualquier persona puede obligarse a prestar a otra algo y ésta tener por ello la facultad de exigirlo o, en caso de incumplimiento, de reclamarle daños y perjuicios si los hubiera sufrido, claro es que el contrato de préstamo no puede configurarse exclusiva y auténticamente como un contrato de naturaleza real y unilateral, sino más bien como un negocio consensual y bilateral. Por eso el consentimiento para prestar dinero o cosa mueble fungible es necesario e indispensable en el contrato de que se trata, pues de no serlo se podría estar ante una donación verbal de cosa mueble que se perfeccionaría con la entrega de la cosa donada (art. 632 C.C.). Así, de la misma forma que para entender que ha habido donación se requiere la entrega de la cosa, el "animus donandi" y la aceptación, para considerar que ha habido un préstamo se requiere también no solo la entrega del algo, sino también el "animus commodi", deviniendo en ambos contratos indispensables el elemento consensual. De ahí que la determinación de la calificación jurídica del contrato celebrado en cada caso no dependa exclusivamente de la entrega de la cosa, sino del elemento consensual que lo defina, ya que en caso de duda habrá de estarse a este último, que es el que determinaría verdaderamente la naturaleza jurídica del contrato celebrado, sea donación, préstamo, depósito ...

TERCERO.-

Entendiéndose, por tanto, de aplicación el art. 1124 del C.C. al contrato de préstamo de que se trata, para resolver sobre la acción resolutoria o de cumplimiento ejercitada, la Sala ha de partir, como premisa jurídica, del examen de los requisitos que han de concurrir para el éxito de la acción que contempla el art. 1124 del C.C. Y estos son, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sección los siguientes: 1./ que entre partes medien obligaciones recíprocas, como esencia de un negocio jurídico bilateral; 2./ que dichas obligaciones recíprocas sean exigibles; 3./ que el que reclame la resolución haya cumplido lo que a él le incumbía, como requisito legitimador para plantear la resolución contractual, ya que no está legitimado para instar dicha acción el contratante que incumple sus obligaciones (S.s. T.S. 20-2-50, 16-11-56, 16-5-59, 5-2-63, 2-11-65, 5-5-70, 27-12-71, 26-4-76, 28-2-80, 9-7-81, 10-11-81, 27-3-82, 9-7-87, 24-3-88, 17-5-88, 15-6-88, 17-6-



88, 31-1-92, 8-7-93, 29-4-94, 9-5-94, 29-3-95, 22-11-95...); y 4./ que la parte a la que se demande de resolución o de cumplimiento haya incumplido la prestación a la que contractualmente se hubiera comprometido. Pero este incumplimiento ha de reunir una serie de características para que pueda desembocar en la resolución contractual; a saber: a) que el incumplimiento sea propio del contratante a quien se le imputa; b) que el incumplimiento sea culpable, de modo que a quien se le achaque no ejecute la prestación debida por causas que le sean imputables como dependientes de su voluntad; y c) que el incumplimiento sea verdadero, es decir, no es suficiente que el supuesto incumplidor no ejecute voluntariamente la prestación a la que se obligó, sino que, además, se precisa que se trate de una infracción relevante, esencial, grave y de tal importancia en la economía y esencia del contrato que justifique la resolución, como así se desprende de reiterada jurisprudencia (S.s. T.S. 25-11-83, 19-4-89, 10-11-90, 21-2-91, 30-4-94, 26-9-94, 23-2-95, 2-10-95, 7-3-95, 17-11-95, 26-1-96, 10-12-96, 10-5-00, 20-7-00, 11-3-02, 11-4-03, 13-5-04, 5-4-06, 31-1-08, 14-3-08, 12-6-08, entre otras muchas), de modo que ya no se precisa, como antes se exigía, un incumplimiento deliberadamente rebelde o una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento (S.s. 28-2-80, 23-9-86, 21-3-94, 18-11-94...), sino que basta una conducta voluntaria, injustificada y obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (S.s. T.S. 19-1-84, 20-10-84, 26-1-88, 2-6-89, 13-10-89, 21-10-89, 14-2-90, 21-7-90, 7-6-91, 5-9-91, 3-12-91, 18-12-91, 8-5-92, 1-6-92, 4-6-92, 19-10-93, 2-7-94, 26-9-94...), o que frustre las expectativas legítimas de los contratantes (S.s. T.S. 18-11-83, 2-7-92, 24-2-93, 10-3-93, 22-3-93, 25-2-94, 2-10-95, 25-1-96, 7-5-03, 18-10-04, 3-3-05, 20-9-06, 31-1-08...) o el fin normal del contrato (S.s. T.S. 11-2-91, 31-3-92, 2-6-92, 28-9-92, 27-1-93, 5-10-95, 15-10-02, 22-5-03, 13-5-04, 3-2-06, 11-10-06, 27-9-07, 12-6-08...). Ahora bien, no ha confundirse el incumplimiento tal como se ha expuesto con el simple retraso temporal en el cumplimiento de la prestación, porque en este último supuesto normalmente no hay base para que opere el art. 1.124 del C.C.: de un lado, porque si el retraso es justificado sólo existiría una prestación demorada; y de otro, porque aún siendo el retraso injustificado, si va seguido del cumplimiento o de la posibilidad cierta y segura de poder cumplir, tampoco podría hablarse de incumplimiento resolutorio, pues sólo se pueden encuadrar en el art. 1.124 del C.C. el retraso injustificado que frustre el fin práctico perseguido por el negocio, y el retraso duradero y persistente que por tal circunstancia revele una patente voluntad incumplidora, deducida de una prolongada inactividad o pasividad en el cumplimiento de la prestación comprometida.

CUARTO.-

Sentado lo anterior, y proyectada tal doctrina al cumplimiento anticipado de un contrato de préstamo por falta de pago de las cuotas de amortización por parte del prestatario, o a su resolución, se ha de reseñar complementariamente a lo dicho, que es reiterada jurisprudencia al respecto, análogamente a lo establecido para la compraventa, la siguiente: a) que la resolución puede hacerse extrajudicialmente, a reserva de que, si hubiese oposición de la contraparte, sean los Tribunales quienes sancionen su procedencia (Ss. T.S. 14-6-88, 28-2-89, 4-4-90, 20-10-94...), y ello aunque el contrato contenga cláusula resolutoria (Ss. T.S. 28-3-96, 15-11-99); b) que la gravedad del incumplimiento ha de relacionarse con la equidad y la buena fe (Ss. T.S. 15-7-85, 28-2-86, 25-1-91...), ya que una drástica resolución contractual o cumplimiento anticipado sería contraria a la equitativa ponderación con que se ha de hacer la aplicación de las normas (S. T.S. 15-7-85), a más de que ha de tenerse presente el principio general de conservación del negocio (S. T.S. 25-2-78), que se traduce en el mantenimiento de éste por respeto a la voluntad contractual (Ss. T.S. 11-6-69, 4-3-75 ...); c) que se requiere una voluntad constante y reiterada por parte del prestatario o comprador de incumplir su obligación de pagar el precio, ello de forma prolongada y duradera, que frustre el fin económico del contrato y las legítimas expectativas del vendedor o prestamista (Ss. T.S. 9-10-87, 12-5-88, 14-6-88, 2-6-89, 5-6-89, 20-12-89, 20-6-90, 21-7-90, 25-1-91, 11-2-91, 11-3-91, 15-2-92, 16-5-92, 16-6-92, 2-7-92, 16-7-92, 28-9-92, 10-10-94, 5-12-95, 30-7-97, 24-10-98, 26-7-01...); d) que ya no se requiere una voluntad deliberadamente rebelde de no pagar, que sería tanto como exigir dolo en el incumplimiento, sino un proceder obstativo que frustre el fin contractual (Ss. T. S. 2-6-89, 5-6-89, 21-7-90, 11-2-91, 11-6-91, 31-3-92, 2-6-92); e) que para resolver el contrato o exigir su cumplimiento no basta el impago de pequeñas cantidades, sino que se requiere que se adeude una suma importante con relación al total precio del inmueble vendido (Ss. T.S. 2-2-84, 2-5-84, 14-3-03...); y f) que el art. 1124 del C.C. exige un incumplimiento esencial consecuente con una voluntad obstativa al cumplimiento, injustificada, continua e inequívoca, sin que ello se de en el mero retraso en el cumplimiento (Ss. T.S. 7-2-84, 21-2-90, 25-1-91, 3-9-92, 15-6-95...); que prolongada en el tiempo directamente se relaciona con la insolvencia o la presunción de insolvencia, y de futuro incumplimiento, que justifican el vencimiento anticipado que no se adopta por la cláusula contractual de vencimiento anticipado que es nula e ineficaz por abusiva, sino por aplicación de los tan repetidos art. 1124 y 1129 del C.C.

QUINTO.-

Y aplicada toda esa doctrina al caso enjuiciado, la Sala, tras valorar la prueba practicada y apreciar el hecho debatido, se ve abocada a la estimación del recurso de los demandados reconvinentes, y a la revocación en parte de la sentencia con desestimación de la demanda, pues no puede entenderse que los



prestarios demandados reconvinentes hubieran incumplido el pago de las cuotas de amortización que se dicen impagadas, ni por tanto que hubieran incurrido en un incumplimiento real, verdadero, esencial, grave, importante y obstativo al cumplimiento contractual. Y esto, porque en la cláusula contractual duodécima bis, los prestarios constituyeron a favor de la entidad prestamista y como superposición de garantía, un derecho real de prenda sobre 52.000 € que había en la cuenta 2800014978 que los prestarios tenían abierta en aquella, que servía de garantía para los impagos de las cuotas mensuales de amortización del préstamo y para otras tres operaciones crediticias, con la particularidad de que tal cantidad se aplicaría preferentemente a la ejecución del préstamo hipotecario sobre las otras tres operaciones crediticias. Por tanto, siendo ello así, pignorada la cantidad de 52.000 € y acreditado, al tiempo de la liquidación de deuda, un impago de cuotas vencidas del préstamo hipotecario por 23.145'40 €, claro es que no puede hablarse de incumplimiento contractual de los demandados, ya que la suma pignorada debió aplicarse a los 23.145'40 € que se dicen impagados; y esto tanto mas cuando la entidad demandante nada recoge en su demanda sobre tal circunstancia, y cuando correspondiendo a ella tal carga probatoria, y no a los demandados, como erróneamente entiende el Juez "a quo", nada justifica a lo largo del proceso sobre el destino dado a la cantidad pignorada, que por lo convenido en la cláusula duodécima bis referida debió aplicarse con preferencia al préstamo hipotecario, y no a las otras tres operaciones crediticias, conforme a lo pactado y a lo dispuesto en el art. 1172 del CC, y ello maxime cuando, a falta de prueba sobre los otros tres créditos, se nos antoja, a mayor abundamiento, que también por el resto de las normas de la imputación de pagos, debió aplicarse tal prenda al pago del préstamo hipotecario al resultar ser este, en principio, la deuda mas gravosa y onerosa, conforme a lo dicho el art. 1174 del CC, que es aplicable cuando no ha habido acuerdo al respecto, que no es el caso, en que sí lo hubo en el sentido indicado.

SEXTO.-

La desestimación de la demanda conlleva que se impongan a la parte actora las costas causadas en la instancia con motivo de la demanda principal.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, así como jurisprudencia.

FALLO

PRIMERO.-

SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por D. Fabio y Dña. Verónica contra la sentencia de 27 de julio de 2018, aclarada por auto de 23 de octubre de 2018, ambas dictadas por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Valencia en juicio ordinario 806/17.

SEGUNDO.-

SE REVOCA en parte la citada resolución, en el sentido

A/ de que SE DESESTIMA la demanda planteada por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA -BBVA, SA- contra D. Fabio y Dña. Verónica .

B/ de que SE ABSUELVE a los demandados de las pretensiones contra ellos deducidas.

C/ y de que SE IMPONEN a la actora las costas causadas en la instancia con motivo de la demanda principal.

TERCERO.-

SE CONFIRMA la sentencia apelada en lo demás.

CUARTO.-

NO SE HACE expresa condena de las costas devengadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes, y, a su tiempo, devuélvase los autos principales al Juzgado de procedencia con certificación literal de la misma, debiendo acusar recibo.

Respecto al depósito constituido por el recurrente, de conformidad con la L.O. 1/09 de 3 de Noviembre en su Disposición Adicional Decimoquinta, ordinal 8º, devuélvase al recurrente la totalidad del depósito.

Contra la presente resolución podrá interponerse recurso de casación por interés casacional siempre que concurren las causas y se cumplimenten las exigencias del art. 477 de la L.E.C., y, en su caso y acumuladamente con el anterior, recurso extraordinario por infracción procesal, y a tenor de lo establecido en la Ley 37/11 de 10 de Octubre, de Medidas de Agilización Procesal, dichos recursos, habrán de interponerse en un solo escrito ante esta Sala en el plazo de los 20 días contados desde el siguiente a su notificación,



adjuntando el depósito preceptivo para recurrir establecido en la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, con las formalidades previstas en aquélla.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ