



Roj: **SAP A 1791/2016 - ECLI:ES:APA:2016:1791**

Id Cendoj: **03014370052016100324**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **5**

Fecha: **20/07/2016**

Nº de Recurso: **147/2016**

Nº de Resolución: **325/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA TERESA SERRA ABARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Alicante/Alacant, núm. 12, 06-11-2015,
SAP A 1791/2016**

Audiencia Provincial Sección 5ª Rollo nº 147-A-2016

SENTENCIA NÚM. 325

Il'tmos. Sres.:

Presidente: D. José Luis Úbeda Mulero

Magistrado: D^a. Visitación Pérez Serra

Magistrado: D^a. María Teresa Serra Abarca

En la ciudad de Alicante, a veinte de julio de dos mil dieciséis.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Il'tmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario nº 1.107 / 2013 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia Número Doce de Alicante, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandante SERVICIOS INMOBILIARIOS SORVAL S.L., habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por el Procurador D. Vicente Miralles Morera y dirigida por el Letrado D. Abraham García Gascón. Y como apelada la parte demandada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, representada por la Procuradora D^a Carmen Vidal Maestre con la dirección del Letrado D. Rafael Castellano Casa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia Número Doce de Alicante, en los referidos autos, tramitados con el número 1.107 / 2013, se dictó Sentencia Nº 243 / 2015 con fecha 06-11-2015 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"SE DESESTIMA la demanda presentada por el procurador Sr. Miralles Morera en nombre de SERVICIOS INMOBILIARIOS SORVAL S.L. frente a la demandada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

Se imponen las costas del pleito a la parte demandante."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante, habiéndose tramitado el mismo por escrito en el Juzgado de procedencia, en la forma introducida por la Ley 1/2000, elevándose posteriormente los autos a este Tribunal, donde quedó formado el correspondiente Rollo de apelación número **147-A-2016**, señalándose para votación y fallo el pasado día 18-7-2016, en que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.



VISTO, siendo Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada D^a. María Teresa Serra Abarca.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se iniciaron los autos por demanda en la que se pedía la condena de la entidad bancaria al pago de 551.754,90 euros, importe que se corresponde con el lucro cesante causado por la negativa del banco a aceptar la subrogación en el préstamo hipotecario a los compradores de las viviendas para cuya promoción la entidad actora había suscrito un préstamo para la construcción de un edificio de viviendas de VPO. La sentencia desestima la demanda y frente a ella interpone recurso de apelación la actora.

SEGUNDO.- El recurso de apelación de la actora tras precisar que, nos encontramos ante una promoción acogida al régimen de vivienda protegida VPO en el momento de formalización del préstamo, que se rige por el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, que aprueba el Plan estatal 2005-2008 con las normas de reparto del cupo de préstamos que las entidades financieras solicitan del Ministerio de la vivienda que tienen como fin favorecer a los ciudadanos el acceso a la vivienda que son los destinatarios de los fondos prestados, alega que por tanto no puede el banco amparándose en una sola cláusula denegar la subrogación hipotecaria a los compradores. Combate también la sentencia de instancia por omitir en sus fundamentos la Orden Ministerial de la Vivienda 3106/2005 de 5 de octubre que regula la convocatoria y selección de entidades de crédito para la concesión de préstamos con el fin de favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda, estima que la subrogación es inherente a la causa del contrato de préstamo para la construcción de vivienda protegida, y que las cláusulas del contrato de la escritura de préstamo hipotecario, en concreto la nº 12 es un claro fraude de Ley.

TERCERO.- Los argumentos alegados en el recurso en primer lugar, como aduce la demandada en la oposición al recurso, son cuestiones nuevas que no se plantearon en la instancia, por lo que no pueden admitirse en virtud del reiterado criterio de los Tribunales sobre el ámbito de la apelación; y así ha establecido el Tribunal Supremo, en sentencia de 6.03.1984, que aunque permite al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a aquel a resolver cuestiones o problemas distintos a los planteados en primera instancia, dado que a ello se opone el principio "pendente appellatione, nihil innovetur", lo que se ha aplicado por esta Audiencia provincial en sentencias, entre otras muchas, de la Sección 4^a, de 1.03.1994 y 5.06.1995 y de la Sección 5^a de 12.03.2004 (dos resoluciones); de la misma forma, sobre la imposibilidad de plantear en apelación cuestiones nuevas, puede citarse la sentencia del Supremo de 9.12.1997, que establece la prohibición por la indefensión que supondría para la otra parte; y en segundo lugar aun prescindiendo de la anterior doctrina, tampoco tienen favorable acogida basta para ello la remisión a los acertados fundamentos jurídicos de la resolución de instancia que, previo resumen en el Fundamento de Derecho Segundo y Tercero de las circunstancias que rodearon la concesión del préstamo al promotor para la construcción de unas viviendas de protección oficial previa calificación definitiva obtenida el 11 y 30 de marzo de 2011, y para obtener financiación se firmó por el promotor un préstamo con garantía hipotecaria, hasta que la promotora dejó de atender las cuotas con la declaración del concurso en fecha 7 de junio de 2011 dejando de atender sus cuotas, en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto examina y valora las diligencias de prueba documental, en especial la escritura de préstamo hipotecario con la entidad demandada de fecha 18 de junio de 2009, declaraciones testificales y periciales concluye que procede desestimar la demanda al no apreciar incumplimiento del BBVA de sus obligaciones contractuales, ni en consecuencia procede indemnizar a la mercantil demandante por el lucro cesante.

En efecto si examinamos los contratos de compraventa acompañados al escrito de demanda (documentos nº 12 a 19), en la estipulación segunda se recoge la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario siempre que la entidad de crédito preste su conformidad expresa o tácita, según lo dispuesto en el artículo 118 de la LH. Por otro lado en la escritura de préstamo de fecha 18 de junio de 2009 en la cláusula 12 se recoge lo siguiente "Cuando los adquirentes de los bienes hipotecados queden subrogados en virtud de pacto con el transmitente en las obligaciones asumidas en esta escritura por su causante, no surtirán dicha subrogación efectos liberatorios para el transmitente frente al banco hasta tanto éste no la consienta de forma expresa...". De dichas estipulaciones se deriva que la obtención por parte del comprador de un préstamo hipotecario, no se establece como condición indispensable, "conditio sine qua non", ni para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, ni para el cumplimiento del deber de abonar el resto del precio convenido, lo único que se pacta es la facultad del comprador para subrogarse en la hipoteca que pudiera tener concedida el promotor vendedor que no es obligatoria para la entidad bancaria; siendo por otro lado tercero ajeno al contrato de compraventa entre el promotor y los futuros compradores al que no le vinculan los compromisos adquiridos por el vendedor. Tampoco se acredita por el actor la imposibilidad de los compradores de firmar el contrato de compraventa por la no aceptación del banco a la subrogación del préstamo, con independencia de que se trate de una vivienda de protección oficial que en nada varía el carácter puramente optativo de la subrogación, conforme a lo pactado y como, argumenta la juzgadora a quo, no se ha contado con el testimonio de los



compradores a fin de poder verificar si no adquirieron finalmente las viviendas porque el banco no aceptó la subrogación.

En relación con lo expuesto, toda la tesis del recurso se basa en una subjetiva e interesada valoración de la prueba que no puede prevalecer sobre la más objetiva y ponderada del Juzgador *a quo*, que no se demuestra errónea, y en este sentido debe recordarse el criterio de este Tribunal (contenido entre otras en sentencias de 21.12.1993, 9.02.1994 y 29.09.2004) sobre el alcance del control jurisdiccional que se realiza en la segunda instancia y que viene referido a la legalidad de la producción de las pruebas, a la observancia de los principios rectores de su carga y a la racionalidad de los términos en que se haya justificado su valoración.

CUARTO.- No apreciamos por otra parte la existencia de dudas fácticas o jurídicas que justifiquen apartarse del criterio del vencimiento objetivo, consagrado en los arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de costas tanto de la primera cuanto de la segunda instancia.

Vistos los preceptos legales y demás de pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación promovido contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Doce de Alicante en fecha 6 de noviembre de 2015 en el Juicio Ordinario nº 1.107 / 2013 del que dimana el presente Rollo, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución conforme a lo establecido en los artículos 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 208.4 y 212.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, interesando acuse de recibo, acompañado de certificación literal de la presente a los oportunos efectos, uniéndose otra al Rollo de apelación. Contra ella cabe interponer recursos de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo con arreglo a lo dispuesto respectivamente en los arts. 477.2.3º y 469 y Disposición Final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que podrán formalizarse ante esta Sección de la Audiencia en el plazo de veinte días a contar desde su notificación.

Así, por esta nuestra sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrada que la suscribe, hallándose celebrando Audiencia Pública. Doy fe.