Juzgado de Primera Instancia …. de …………………..

Procedimiento ordinario …………………………….

**A L J U Z G A D O**

…………………….. , procurador de los Tribunales y de ………………………….. con domicilio en ……………., y bajo la dirección letrada de ………………. , todo ello según designa del turno de oficio que se aporta como DOCUMENTO Nº 1, ante este Juzgado comparezco y

**D I G O**

Que por medio de este escrito formulo **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA** interpuesta por ……………………………. contra mi representada, **OPONIÉNDOME EXPRESAMENTE** a la misma conforme a los siguientes

**M O T I V O S**

De forma previa a entrar en los motivos de oposición de fondo, debemos poner en conocimiento del Juzgado la siguiente: *(Sólo cuando debamos interponer una demanda paralela porque no es posible la reconvención)*

1. ***Excepción procesal de prejudicialidad civil:***

En el presente procedimiento la actora interpone una acción tendente a que este Juzgado declare vencido/resuelto *(depende del caso)* y, por tanto, determine la deuda a reclamar a mi representada según la prueba que se aporte en el mismo.

Sin embargo, a fin de poder cuantificar dicha deuda, se hace imprescindible que mi representada pueda discutir la posible abusividad de las cláusulas contractuales en base a las cuales se cuantifica dicha deuda.

Como DOCUMENTO Nº 2 aportamos copia del escrito de demanda presentada ante el Juzgado de Primera Instancia … de ………………… / la solicitud de justicia gratuita presentada por mi representada para poder interponer demanda ante el Juzgado de Primera Instancia …. de ………………… *(según si hemos tenido tiempo de interponer demanda paralela, o no)*, como Juzgado especializado competente para resolver de la nulidad de condiciones generales de la contratación, motivo por el cual no se ha podido formular reconvención en el presente procedimiento, al no tratarse del mismo Juzgado con competencia para ello.

Como se puede ver en dicha demanda, esta parte solicita/solicitará la designación de un perito judicial economista o contable a fin de que re-calcule el cuadro de amortización del préstamo sin aplicación de las cláusulas abusivas detectadas, lo que afectará no sólo a la cuantificación de la deuda que reclama la actora en este procedimiento y le obligará a realizar una nueva acta notarial de fijación del saldo adaptada a lo resuelto en la Sentencia que en su día recaiga en el procedimiento instado por mi representada, sino que afectará también al requisito de esencialidad y gravedad del supuesto incumplimiento imperativos en la acción de resolución contractual instada *(sólo si el Banco ha interpuesto acción de resolución contractual del art. 1.124 CC).*

Si bien la actora asegura que en su liquidación no ha aplicado intereses de demora ni cláusula suelo, lo cierto es que tras el análisis de la liquidación presentada, se observa que la misma se realiza a través de un tipo de interés calculado según el índice IRPH / un sistema de amortización geométrico / comisiones aplicadas / …. , cláusulas todas ellas que se discutirán en el procedimiento instado *(adaptar según las circunstancias del caso).*

Según el artículo 43 de la LEC, “***Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso*** *pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto* ***decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial****”.*

En el presente caso se cumplen ambos requisitos, ya que:

1. Existencia de una discusión judicial que constituye el objeto principal de este procedimiento:

Como hemos dicho, es evidente que antes de resolver sobre la presente reclamación formulada por la actora o, en todo caso, sobre el importe concreto debido por todos los conceptos, es necesario esperar a la Sentencia que resuelva la demanda formulada por esta parte, solicitando la nulidad de algunas cláusulas financieras que sostienen la presente reclamación y, por extensión, la acción de vencimiento / resolución contractual (según).

En caso de que no se decretase la suspensión del presente procedimiento, nos podríamos encontrar con una Sentencia firme –y por tanto ejecutable- que determinase una deuda calculada a partir de clausulas que pueden ser declaradas nulas con posterioridad, en la Sentencia que se dicte en el procedimiento instado por mi cliente, creándole un perjuicio irreparable al mismo.

Recordemos que la intención última del Banco en este procedimiento es subastar la vivienda de mi representada por un importe de deuda concreto. Si dicha deuda es errónea y sustancialmente inferior, pero no se declara hasta una vez finalizada la subasta, el perjuicio que se le habrá causado a mi cliente será irreparable, puesto que ya habrá perdido la vivienda.

Además,

1. Imposibilidad de acumulación de procedimientos

Ya hemos dicho que resulta imposible discutir aquí las cláusulas abusivas existentes en la hipoteca de mi representada porque el Juzgado especializado en dicha materia es el Juzgado de Primera Instancia ….. de ……………….., por lo que este Juzgado no admitiría la reconvención por carecer de competencia objetiva por razón de la materia.

En definitiva, nos encontramos ante una situación clara de prejudicialidad que, en aplicación del art. 43 de la LEC, obliga al Juzgador a acordar la **suspensión** del presente procedimiento hasta que se resuelva definitivamente el procedimiento instado por mi cliente y cuya resolución tendrá efectos sobre la presente *litis* sin lugar a dudas.

1. *Motivos de fondo*
   1. ***No concurrencia de los requisitos para que prospere la pérdida del beneficio del plazo pactado***

……… (El Banco) solicita el vencimiento anticipado del contrato, en aplicación del artículo 1129 del Código Civil, el cual establece:

***Artículo 1129.***

*Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:*

*1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.*

*2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido.*

*3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.*

La actora no especifica en base a cuál de las tres circunstancias descritas por el precepto apoya su pretensión, pero ya avanzamos que en nuestro caso no se cumple ninguna de ellas, porque:

1. Mi cliente no es insolvente y su deuda se encuentra garantizada.

“Insolvente” significa no ser capaz de hacer frente a un gasto o no ser capaz de pagar una deuda.

La unidad familiar de mis clientes tiene unos ingresos totales de ………€ (DOCUMENTO Nº 2). Por tanto, sí pueden hacer frente a la hipoteca, pero no en unas condiciones claramente abusivas como las que les impone el acreedor actualmente y más adelante pasaremos a describir en la posterior reconvención / que se han denunciado por medio de la demanda interpuesta por mi cliente (según el caso).

Pero es que además, **la deuda se encuentra garantizada mediante hipoteca**, así que aún en el caso que mi cliente estuviere en una situación de insolvencia, el Banco no podría instar el vencimiento anticipado *ex art.* 1.129 CC por encontrarse la deuda garantizada mediante hipoteca (si hay avales, indicarlo).

*(Si nos encontramos que el cliente se encuentra en un procedimiento de segunda oportunidad, deberemos anunciarlo y no argumentar que no es insolvente, pero igualmente argumentar que no procede el vencimiento, por cuanto la deuda se encuentra garantizada y, por tanto, no se cumple el primer requisito del 1129 CC).*

1. Tampoco nos encontramos en el segundo supuesto de pérdida del beneficio del plazo, por cuanto según es de ver en la propia escritura de préstamo, mi cliente ha aportado la garantía que en su momento se le solicitó por parte del Banco, ya que la deuda se encuentra garantizada con la finca *(copiar la descripción registral de la finca) (si hay avales, también indicarlo).*
2. Mi cliente no ha hecho disminuir o desaparecer la garantía prestada en su momento. La vivienda prestada en garantía es la misma y se encuentra en las mismas condiciones que en el momento de suscribir el préstamo, incluso mejor, ya que se han llevado a cabo una serie de reformas… *(explicar la situación de la vivienda para argumentar que en ningún caso la garantía se ha hecho disminuir).*

Resulta evidente que el legislador, a través del artículo 1129 CC no procura resolver aquellas circunstancias en que un deudor deja de abonar los plazos pactados, sino que pone en riesgo la garantía prestada en cumplimiento de sus obligaciones.

Vemos como el Tribunal Supremo (Sala Civil) en su Sentencia nº 1192/1997 de 22 de diciembre (RJ\1997\9113) aplicaba el artículo 1129 CC en un caso en que el deudor no otorgó la garantía pactada:

*En el presente caso* ***el incumplimiento es evidente, puesto que el prestatario revoca el poder que concedió al prestamista con la facultad de constituir a su favor una hipoteca que garantizara el pago del principal e intereses****. Se está en consecuencia, en el supuesto del* ***artículo 1129****, que produce el anticipo del vencimiento y la pérdida por el deudor del derecho a utilizar el plazo, entre otros casos, cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido.*

No es nuestro caso.

En conclusión, al estar el préstamo garantizado y no haberse puesto en riesgo dicha garantía, no se cumple ninguno de los requisitos legalmente exigidos por el art. 1129 CC para que pueda prosperar el vencimiento anticipado del préstamo y la consecuente pérdida del beneficio del plazo, motivo por el cual la pretensión de la actora debe decaer.

Además,

* 1. ***Tampoco se cumplen los requisitos para que prospere la resolución contractual por incumplimiento del art. 1124 CC:***

………. (el Banco) ejerce la acción de resolución contractual del artículo 1124 del CC, pero son varias las razones por las cuales no procede estimar dicha acción. Son las siguientes:

* + - * + *No se trata de un contrato de obligación recíproca, sino unilateral:*

El artículo 1124 del CC dispone: “***La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas****, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.”*

Sin embargo, es ya jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, que el contrato de préstamo como el que aquí tenemos se trata de un **contrato unilateral**, puesto que una vez confeccionado, el único que contrae obligaciones es el prestatario, por lo que no le será nunca aplicable el artículo 1124 del CC.

En conclusión, la acción instada por la actora debe ser desestimada al no ser de aplicación al caso el artículo 1124 del CC.

Pero además:

* + - * + *No existe un incumplimiento esencial del contrato*:

Sin perjuicio de la anterior alegación efectuada y en el improbable caso de que el juzgador considerara el contrato de préstamo como una obligación recíproca, la acción de resolución de contrato no podría prosperar porque tampoco se cumplirían los requisitos jurisprudenciales para ello.

La resolución contractual no se produce automáticamente por el mero impago de un número de cuotas, sino que es necesario examinar si el impago constituye un incumplimiento definitivo de las obligaciones, es decir, si reviste el carácter de **esencial, proporcional e intencional**.

Ninguno de los tres requisitos concurre en este caso.

La actora pretende justificar que el impago de …… meses en un contrato que prevé ……. plazos es un incumplimiento esencial, cuando dicho impago supone el….% del total del préstamo (y probablemente mucho menos una vez se expulsen del contrato y del cálculo las cláusulas abusivas impuestas por la actora).

No es ya que el incumplimiento no sea ni esencial ni proporcional, sino que no existe un riesgo real de que finalmente la deuda no se vaya a cobrar ni, por tanto, una intencionalidad del deudor para que proceda la resolución contractual.

A la hora de valorar dicha intencionalidad, vemos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo -la misma que la propia actora transcribe en su demanda por cierto- analiza la actuación y la actitud del deudor frente al acreedor.

Pues bien, mis representados llevan …… años intentando poder renegociar las condiciones de su contrato para poder seguir pagando la hipoteca en los términos que la misma se les ofertó. No hay, por tanto, una insolvencia ni una frustración de las expectativas del acreedor, por cuanto la voluntad y la posibilidad de devolver el préstamo existe. Ahora bien, no en las condiciones abusivas que impone el acreedor.

A mis clientes, como a la gran mayoría de la población, no les gusta ser morosos y nunca han querido tener problemas para pagar su casa. Nadie está cómodo en esta situación y nadie quiere ver como sus hijos pierden su casa.

*(Explicar situación familiar)*

Sin embargo, les ha resultado **imposible** seguir asumiendo una cuota que el primer año era de ………. € y ahora mismo es de ……… €.

Si mis clientes hubieran sabido desde el principio que su cuota hipotecaria ascendería en un…..% a los ……. años, **nunca hubieron consentido** su formalización.

Las razones de dicho incremento las encontramos en las múltiples cláusulas abusivas que contiene el contrato de préstamo y que posteriormente detallaremos *(o en demanda paralela)*, pero que ya podemos avanzar que las mismas reflejan que los Sres. ………. han pagado mucho más que lo que el Banco refleja en su liquidación.

Frente a esta situación, mis clientes no se han quedado pasivos ni quietos; sino que han presentado escritos, correos electrónicos… *(aportar toda la documentación que se pueda).*

En fin, todo lo que un individuo puede hacer frente a una empresa enorme que no quiere dar ninguna facilidad y que, encima, ha vendido el préstamo a un fondo de inversión y no se considera interlocutor *(si es el caso)*.

En conclusión, no se cumplen tampoco los requisitos jurisprudenciales de esencialidad, proporcionalidad e intencionalidad para que concurra la resolución contractual ex art. 1124 CC.

* + - * + *No puede alegar incumplimiento la parte que previamente ha incumplido sus obligaciones:*

Por último y para el caso de que el juzgador considerara que sí es de aplicación al caso el art. 1124 del CC, lo que no explica BBVA en su escrito es que dicho impago se debe al incumplimiento previo del Banco.

No puede alegar incumplimiento la parte que ha incumplido sus obligaciones y en tal sentido se pronuncia la jurisprudencia.

Como ya hemos explicado, la situación en la que nos encontramos no trae causa de una actitud unilateral, evasiva o irresponsable de mi mandante: Existe una co-responsabilidad sino un incumplimiento previo de la actora en la concurrencia de las circunstancias que nos han llevado hasta aquí.

Buena prueba de ello lo es el incumplimiento del Banco en su deber de transparencia a la hora de insertar las cláusulas que rigen y configuran el cálculo de la cuota que mes a mes mi cliente está obligada a pagar. Tal y como hemos denunciado en la reconvención que aquí se formulará / en la demanda interpuesta contra el Banco a la que antes hemos hecho referencia *(según el caso)*, el Banco incluyó las cláusulas de …………………………… de forma totalmente abusiva y con clara falta de transparencia, lo que provocó que la carga económica que pensaron que asumían mis clientes en el momento de contratar fuera errónea; error claramente provocado e inducido por una mala praxis bancaria.

Como hemos dicho, si mis clientes hubieran sabido en el momento de firmar el préstamo que su cuota mensual inicial de ……. acabaría siendo de …………, nunca hubieran accedido a contratar el préstamo *(explicar el ejemplo concreto en relación al perjuicio que se haya causado, según el caso).*

Tampoco actuó diligentemente el Banco e incurrió en una clara responsabilidad ante la situación en la que nos encontramos al conceder un préstamo sin hacer una correcta valoración de los riesgos asociados a la concesión del préstamo. La misma existencia de avales confirma que la tasación es incorrecta *(si es el caso)*.

Pero no sólo el incumplimiento del Banco se centra en la fase de contratación, sino que ha existido una clara voluntad del mismo en alargar la situación de impago, haciendo oídos sordos a cualquier posibilidad de solución ofrecida por mis clientes para poder consensuar una salida a esta situación.

Por ello, como decimos, no es sólo que el Banco sea co-responsable del estado en que se encuentra este préstamo, sino que su incumplimiento previo en el momento de la contratación ah propiciado el impago de mis clientes.

El Tribunal Supremo lo tiene clarísimo: no puede instar la resolución por incumplimiento del contrato quien previamente lo ha incumplido o quien es co-responsable del incumplimiento. En este caso, se dan las dos circunstancias.

*(Última alegación a efectuar únicamente si se da el caso:)*

Adicionalmente a las anteriores alegaciones efectuadas, debemos hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019, dictada tras el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE y resuelta por éste en Sentencia de 26 de marzo de 2019, que establece la obligada proporcionalidad de la medida en relación con la duración y la cuantía del préstamo y, en este sentido, los criterios a tener en cuenta para valorar cuándo se produce un incumplimiento esencial y grave de la obligación de pago en un préstamo con garantía hipotecaria que revista entidad suficiente para amparar el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124 del CC.

Así, el fundamento de derecho séptimo, párrafo 10, indica que puede ser un elemento orientativo de primer orden comprobar si se cumplen o no los requisitos de la reciente Ley 5/19, aunque la misma no resulte de aplicación pero sí como criterio orientador que, en su art. 24, dispone:

*"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.”*

En el presente caso, mi representada ha impagado ……………, en la primera/segunda mitad de la vida del préstamo, …. Cuotas equivalentes a un ……% del total prestado.

El porcentaje impagado, por tanto, no supera los umbrales requeridos para apreciar el vencimiento anticipado de la obligación, lo que trasladado a la acción que nos ocupa implica que a la hora de valorar el incumplimiento de la obligación de pago, el mismo no pueda ser valorado como esencial y grave.

* 1. ***Acción subsidiaria de reclamación de cantidades vencidas y las que vayan venciendo durante el procedimiento, más intereses.*** *(si es el caso)*

Por medio de esta acción subsidiaria el Banco insta al cumplimiento del contrato ex art. 1124 del CC que -como hemos dicho- al no ser ésta una obligación recíproca no sería de aplicación.

Pero a mayor abundamiento, la reclamación de cantidades se basa en la liquidación efectuada por el Banco, que impugnamos expresamente porque se ha confeccionado en base a unas cláusulas que resultan abusivas y que próximamente serán anuladas expulsadas del contrato.

Cuando esto se produzca el Banco deberá rehacer el cálculo de las cuotas y de la deuda –si aún la hubiere- y, por tanto, tendrá que volver a efectuar una nueva liquidación.

Así las cosas, no puede prosperar una acción basada en una liquidación de deuda errónea que se demostrará a través de la pericial solicitada por medio de la reconvención efectuada / en la demanda paralela interpuesta contra el Banco *(según el caso).*

* 1. ***Acción de ejercicio del derecho de hipoteca constituida en garantía.***

Al optar el Banco por la vía procesal del juicio ordinario, renuncia a la vía especial de la ejecución hipotecaria y, por ello, renuncia al privilegio otorgado en esa vía respecto al derecho de hipoteca.

Nos encontramos en un proceso declarativo en el cual se declarará, en su caso, si existe una deuda a favor de la actora. Lo que no procede es realizar actuación alguna en relación a la finca hipotecada, por cuanto se desvirtuaría así el carácter declarativo del proceso.

En su caso, en fase de ejecución de sentencia, la actora podrá instar las acciones que crea conveniente, pero hacerlo en fase declarativa supondría una auténtica estafa procesal.

Por no ser el cauce procesal adecuado, la acción instada por el Banco debe ser desestimada.

Son de aplicación los siguientes

**F U N D A M E N T O S D E D E R E C H O**

--- CUESTIONES PROCESALES ---

1. *Competencia, cuantía litigiosa y procedimiento*

Conformidad con la actora en relación a los aspectos procesales, excepción hecha de la cuantía reclamada, que no reconocemos.

1. *Legitimación i postulación*

La Señora ………….. (cliente) es debidamente representada por medio de la procuradora ……………….. y asistida por la abogada …………., que suscribimos este escrito.

1. *Costas*

En aplicación del artículo 394 de la LEC, deberán imponerse a la demandante.

--- FONDO DEL ASUNTO ---

1. *Aspectos generales*

* Artículo 111-7 del Código Civil de Cataluña, que establece:

*“Bona fe.- En les relacions jurídiques privades s’han d’observar sempre les exigències de la bona fe i de l’honradesa en els tractes.”*

* Igualmente, el artículo 7 del Código Civil, sobre el abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo:

*“1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.*

*2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”*

* Artículo 1256 del Código Civil:

*“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*

1. *En relación al* ***carácter unilateral*** *del contrato de préstamo y la imposibilidad de aplicar el art. 1124 CC:*

* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) nº 10146/1994 de 18 de noviembre (RJ\1994\8843):

***“El artículo 1124 ha de ser interpretado restrictivamente y para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas hace falta no sólo que en el mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra*** *[Sentencia de 8 julio 1954 (RJ 1954\2027)]. Declaración que difícilmente se adapta a las situación fáctica ahora contemplada, en que las prestaciones de ambas partes no se definen con la precisión requerida y menos la reciprocidad o simultaneidad de actuación de cada uno de los supuestos obligados, y que el incumplimiento del contrato conduce no a exigir una prestación concreta, sino a la realización de una prenda de acciones y liquidación de unas deudas a favor del actor y los demandados bancarios. b)* ***Se exige un verdadero y propio incumplimiento por uno de los contratantes de las obligaciones que le incumbieren. Ese incumplimiento ha de ser grave, y el mismo está sometido en su apreciación al libre arbitrio de los Tribunales de instancia*** *[Sentencias entre otras, de 29 febrero 1988 (RJ 1988\1310), 28 febrero 1989 (RJ 1989\1409), 16 abril 1991 (RJ 1991\2696) y 8 febrero 1993 (RJ 1993\690)]. Y en este caso lo acreditado en la instancia ha sido que no se ha producido incumplimiento en las obligaciones pactadas como recíprocas, porque se trata de dos convenios en que el posterior no estaba vinculado expresamente al anterior, sin que el acuerdo de realización de la prenda de acciones fuese un fin en sí sino el medio ineludible para el cumplimiento final de la prestación del deudor, a lo que no se llegó por causas que en los autos no constan demostradas. c) Ello imposibilita la estimación de la demanda, porque como declaran las Sentencias de 5 enero 1935 (RJ 1935\198), 5 mayo 1953 (RJ 1953\1630) y 22 marzo 1993 (RJ 1993\2530),* ***el artículo 1124 no ha de interpretase de una manera automática, sino en sentido racional, lógico y moral, de forma que no bastaría una infracción*** *, que en esta litis no aparece clara,* ***sino que requiere que el principio de reciprocidad esté perfectamente caracterizado y que las prestaciones y contraprestaciones estén inequívocamente definidas****, lo que tampoco acontece en la situación litigiosa en estos autos contemplada. Por todo ello decae este tercer motivo y con él la totalidad del recurso.”*

* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) nº 1192/1997 de 22 de diciembre (RJ\1997\9113):

***“El recurso exige recordar que en nuestro derecho, el préstamo puede ser consensual o real, según los casos, y que el de autos tiene este carácter puesto que se perfeccionó con la entrega del dinero****. Surgido el contrato con la entrega,* ***éste no produce obligaciones más que para el prestatario*** *y en consecuencia,* ***es contrato unilateral y por ello, mal puede aplicarse el artículo 1124 del Código Civil****, que tiene como ámbito el de las obligaciones recíprocas.”*

* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) nº 495/2001 de 22 de mayo (RJ\2001\6466):

*“El motivo no puede acogerse.* ***El contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa, o sea que además del consentimiento precisan la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que sólo se da en algunos grupos de contratos. Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario. El pago de intereses no altera tal carácter, pues hace nacer una segunda obligación a cargo del mutuario pero no dan al prestamista la posición de obligado.***

***Pese a alguna construcción de la doctrina francesa y parte de la italiana sobre la bilateralidad del préstamo con interés, nuestra doctrina jurisprudencial ha hecho inaplicable el art. 1124 del Código Civil, tratándose de un contrato unilateral****–sentencia de 22 de diciembre de 1997–. Por otra parte, el contrato de préstamo exige para su perfección la entrega de la cosa –sentencias de 4 de mayo de 1943, 28 de marzo de 1983 y 7 de octubre de 1994 –al punto que si no se entregó la cosa o el dinero, no existe contrato de préstamo –sentencia de 27 de octubre de 1994– y así surgido el contrato con la entrega, no produce obligaciones más que para el prestatario por tratarse de un contrato real –sentencia de 22 de diciembre de 1997–.”*

* Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 26 de octubre de 1992 (AC\1992\1442):

***“La condición resolutoria tácita que, con carácter general, el art. 1124 del Código Civil entiende implícita en las obligaciones recíprocas****, facultando a resolverlas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe,* ***es inaplicable al contrato de préstamo, ya sea éste gratuito, ya sea oneroso o con interés, porque si bien todo contrato tiene su origen en una obligación bilateral****, puesto que se fundamenta en un acuerdo de voluntades por el que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra y otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1254 del Código Civil),* ***en cambio dicho contrato, una vez perfeccionado desde su nacimiento con la entrega del capital del préstamo, no produce obligaciones recíprocas o bilaterales, sino unilaterales, sólo para el prestatario o tomador del capital, sin ninguna para el dador o prestamista, y por tanto, no existe en tal contrato ninguna reciprocidad de obligaciones en juego, faltando pues el primer supuesto exigido para la aplicación del artículo citado al supuesto del pleito, deviniendo, por ello, la desestimación de la pretensión resolutoria****, cual hace la sentencia impugnada, sin perjuicio del derecho a reclamar el importe de las amortizaciones parciales convenidas y vencidas.”*

* Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4ª) nº 625/2003 de 17 de noviembre (JUR\2004\12899):

*“Así lo viene entendiendo reiterada jurisprudencia, como la STS de 22-5-2001: «El contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa, o sea que además del consentimiento precisan la entrega de la costa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que sólo se da en algunos grupos de contratos.* ***Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario. El pago de intereses no altera tal carácter, pues hace nacer una segunda obligación a cargo del mutuario pero no dan al prestamista la posición de obligado****.”*

VII.- *En relación a la doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo sobre la* ***excepción de incumplimiento*** *o la “exceptio non adimpleti contractus”:*

Para el caso en que se entienda que el contrato de préstamo suscrito entre las partes entraña obligaciones recíprocas:

* Artículo 1.100 del Código Civil:

*“Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. (...)*

***En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe.*** *Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.”*

* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) nº 917/1997 de 22 de octubre (RJ 1997\7410):

*“Dos cuestiones generales conviene analizar, como punto de partida de la presente «litis».*

*La primera es relativa a la relación jurídica existente entre las partes: es la relación contractual derivada del contrato de obra que es definido en el artículo 1544 del Código Civil: contrato por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto; cuyo concepto de*obra*se reconduce a la de resultado de la actividad humana. También se define como el contrato bilateral por el que una parte se obliga a pagar una remuneración o precio a la otra por la realización de una obra. La esencial obligación, pues, del comitente o dueño de la obra es el pago del precio, «precio cierto» según la expresión del artículo 1544 del Código Civil que puede ser predeterminado, determinado o determinable, admitiendo diversas variedades para su fijación y pago.****El contrato de obra es bilateral, produce para ambas partes obligaciones recíprocas o sinalagmáticas: cada una de las partes, es al tiempo, acreedora y deudora de sendas obligaciones, enlazadas entre sí por una relación de reciprocidad o sinalagma. Dice la Sentencia de 15 noviembre 1993 (***[***RJ 1993\8914***](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+1993+8914',%20'.',%20'RJ+1993+8914',%20'i0ad6adc500000166c046c484fa8f98d8',%20'spa');)***): el sinalagma está en el génesis de la relación obligatoria, constituyendo el deber de la prestación de una de las partes la causa por la cual se obliga la otra.***

***La segunda cuestión se refiere a uno de los efectos de toda obligación recíproca: si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor, sin que él haya cumplido, este deudor podrá oponer la llamada «exceptio non adimpleti contractus», que no está regulada expresamente en el Código Civil pero deriva de los artículos 1100, 1124 y 1308 y ha sido reiteradamente aplicada por la jurisprudencia****: Sentencias, entre otras más antiguas, de 10 enero 1991 (*[*RJ 1991\295*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+1991+295',%20'.',%20'RJ+1991+295',%20'i0ad6adc500000166c046c484fa8f98d8',%20'spa');)*), 9 julio 1991 (*[*RJ 1991\5337*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+1991+5337',%20'.',%20'RJ+1991+5337',%20'i0ad6adc500000166c046c484fa8f98d8',%20'spa');)*), 3 diciembre 1992 (*[*RJ 1992\9997*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+1992+9997',%20'.',%20'RJ+1992+9997',%20'i0ad6adc500000166c046c484fa8f98d8',%20'spa');)*), 15 noviembre 1993 (*[*RJ 1993\8916*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+1993+8916',%20'.',%20'RJ+1993+8916',%20'i0ad6adc500000166c046c484fa8f98d8',%20'spa');)*), 21 marzo 1994 (*[*RJ 1994\2560*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+1994+2560',%20'.',%20'RJ+1994+2560',%20'i0ad6adc500000166c046c484fa8f98d8',%20'spa');)*), 8 junio 1996 (*[*RJ 1996\4831*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+1996+4831',%20'.',%20'RJ+1996+4831',%20'i0ad6adc500000166c046c484fa8f98d8',%20'spa');)*), otra de la misma fecha 8 junio 1996 (*[*RJ 1996\4833*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+1996+4833',%20'.',%20'RJ+1996+4833',%20'i0ad6adc500000166c046c484fa8f98d8',%20'spa');)*) y la de 29 octubre 1996 (*[*RJ 1996\7483*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+1996+7483',%20'.',%20'RJ+1996+7483',%20'i0ad6adc500000166c046c484fa8f98d8',%20'spa');)*).”*

## Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) nº 266/2013 de 3 de mayo (RJ 2013\4610):

*“Por otra parte,* ***como señala la***[***STS de 3 de diciembre de 2008  (RJ 2009, 525)***](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+2009+525',%20'.',%20'RJ+2009+525',%20'i0ad6adc600000166afda2a5e024fc320',%20'spa');)***(recurso 2919/2002 y las que allí se citan), la exigencia de una "voluntad deliberadamente rebelde del deudor" se ha matizado para determinar cuando se produce un caso de incumplimiento por el hecho de la frustración del contrato "sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando [...] que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte"*** *(*[*SSTS 18 de octubre de 2004  (RJ 2004, 6571)*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+2004+6571',%20'.',%20'RJ+2004+6571',%20'i0ad6adc600000166afda2a5e024fc320',%20'spa');)*,*[*3 de marzo 2005 (RJ 2005, 4731)*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+2005+4731',%20'.',%20'RJ+2005+4731',%20'i0ad6adc600000166afda2a5e024fc320',%20'spa');)*y 20 septiembre,*[*31 octubre 2006 (RJ 2006, 8405)*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+2006+8405',%20'.',%20'RJ+2006+8405',%20'i0ad6adc600000166afda2a5e024fc320',%20'spa');)*, entre otras). Como se invoca en la propia*[*STS de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 525)*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+2009+525',%20'.',%20'RJ+2009+525',%20'i0ad6adc600000166afda2a5e024fc320',%20'spa');)*: "Modernamente los textos internacionales relativos a obligaciones y contratos han recogido una línea fundada en el derecho inglés, que se resume diciendo que* ***una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial*** *(art. 7.3.1 de los Principios sobre los Contratos Comerciales internacionales, UNIDROIT),* ***y se considera que es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato****, o bien <<si otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra>>, o como se indica en la*[*STS 13 de febrero de 2009  (RJ 2009, 1489)*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+2009+1489',%20'.',%20'RJ+2009+1489',%20'i0ad6adc600000166afda2a5e024fc320',%20'spa');)*, rec 1416/2004, " ...a la hora de interpretar y aplicar el*[*artículo 1.124*](javascript:maf.doc.linkToDocument('LEG+1889+27',%20'LEG_1889_27_A_1',%20'LEG+1889+27*A.1',%20'i0ad6adc600000166afda2a5e024fc320',%20'spa');)*del*[*Código Civil  (LEG 1889, 27)*](javascript:maf.doc.linkToDocument('LEG+1889+27',%20'.',%20'LEG+1889+27',%20'i0ad6adc600000166afda2a5e024fc320',%20'spa');)*, la Sala ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, para atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato".*

## Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) nº 595/1993 de 3 de junio (RJ 1993\4382):

*“2.º Que****si bien****constituye un principio jurisprudencial reiterado el de que «****no puede estar en condiciones de pedir la resolución contractual quien no ha cumplido su prestación****» [además de las dos sentencias dictadas a estos efectos por la Sala «a quo», las de 29-2-1988 (*[*RJ 1988\1310*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+1988+1310',%20'.',%20'RJ+1988+1310',%20'i0ad6adc600000166afda2a5e024fc320',%20'spa');)*), 28-2-1989 (*[*RJ 1989\1409*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+1989+1409',%20'.',%20'RJ+1989+1409',%20'i0ad6adc600000166afda2a5e024fc320',%20'spa');)*) y 16-4-1991 (*[*RJ 1991\2696*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+1991+2696',%20'.',%20'RJ+1991+2696',%20'i0ad6adc600000166afda2a5e024fc320',%20'spa');)*), por no citar sino las últimas], no puede por menos que ser tenida en cuenta la también tesis jurisprudencial a que se refiere la sentencia impugnada cuando cita la de esta Sala de 21-10-1959 (*[*RJ 1959\4426*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+1959+4426',%20'.',%20'RJ+1959+4426',%20'i0ad6adc600000166afda2a5e024fc320',%20'spa');)*), a tenor de la cual «no está legitimado el contratante que incumple sus obligaciones, pero sí el que las incumple a consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta del que incumple primero es la que motiva el derecho a la resolución y la libera desde entonces de sus compromisos»; en el mismo sentido es de señalar la S. 3-12-1955 (*[*RJ 1955\3604*](javascript:maf.doc.linkToDocument('RJ+1955+3604',%20'.',%20'RJ+1955+3604',%20'i0ad6adc600000166afda2a5e024fc320',%20'spa');)*), a tenor de la cual «...****el que las incumple a causa del incumplimiento anterior del otro, conserva este derecho (el de interesar la resolución), pues la conducta del que incumple primero es la que motiva el derecho de resolución y la libera desde entonces de sus compromisos****», citándose en esta sentencia, a su vez, las de 9-7-1904, 10 febrero y 1 enero 1925.”*

* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1ª) nº 750/2012 de 12 de diciembre (RJ\2013\372):

*“Así las cosas, no se advierte ninguna de las infracciones denunciadas en el motivo si se recuerda que,* ***conforme a los hechos probados, el incremento del coste real fue debido precisamente a la defectuosa prestación profesional de los arquitectos demandantes, por lo que la aplicación de la exceptio non rite adimpleti contractus se ajustó a la jurisprudencia de esta Sala que la considera una forma de ajustar el equilibrio de las prestaciones mediante, entre otras fórmulas, la reducción del precio estipulado ( SSTS 11-12-09 , 22-10-97 , 8-6-96 y 30-1-92 ).***

*En suma, la propia doctrina jurisprudencial que se cita en el motivo impide que este pueda prosperar,* ***pues el hecho de que la promotora demandada debiera parte de sus honorarios a los arquitectos demandantes no impedía que se defendiera de su reclamación alegando un incumplimiento defectuoso, finalmente más que probado*** *(…)*

*.- El motivo segundo, fundado en infracción de los arts. 1089, 1091, 1254, 1255 y 1258 CC* ***por no haberse reconocido a los hoy recurrentes su derecho a percibir la cantidad reclamada por lucro cesante, ha de ser desestimado por insistir de nuevo en la petición fundada en el coste real de las obras eludiendo que el incremento sobre el coste presupuestado fue debido precisamente a la defectuosa prestación profesional de los hoy recurrentes.***

*Así, no hay mayor contrasentido que pedir una indemnización por lucro cesante cuando resulta que su base es un perjuicio infligido a la otra parte contratante precisamente por quien reclama la indemnización.*

*(…) el Código Civil no limita la indemnización de daños y perjuicios a los casos de resolución del contrato por incumplimiento sino que, mediante su art. 1101, sujeta a dicha indemnización a quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo, negligencia o morosidad, siendo los hechos probados, según la sentencia recurrida, una muestra clara de, cuando menos, la negligencia de los arquitectos hoy demandantes en su prestación profesional, cuyas consecuencias pecuniarias no pueden eludir por la sola circunstancia de que, en la reconvención no se pidiera expresamente la declaración de resolución de un contrato de prestación de servicios profesionales que, en la realidad de las cosas, ambas partes habían dado por extinguido, planteándose así el pleito, conforme a una consideración conjunta de demanda y reconvención y siempre desde una consideración material y no puramente formal del conflicto, más como una liquidación del contrato ya extinguido que como una extinción del contrato por resolución.*

*DUODÉCIMO*

*.- El motivo cuarto y último, fundado en infracción "de los arts. 1106 c.civ., art. 7 c.civ. principio de enriquecimiento injusto o sin causa y también vulneración del principio non bis in idem", ha de ser igualmente desestimado por no citar ni una sola sentencia representativa de los principios citados y por no ser correcto su planteamiento, consistente en que los recurrentes han sido penalizados doblemente por lo mismo al no percibir el porcentaje sobre el coste real de la obra por ser imputable a ellos el incremento y, además, tener que indemnizar a la promotora por los retrasos asimismo imputables a ellos, cuando lo cierto es, de un lado, que no puede confundirse el objeto de la demanda inicial, derecho al cobro de honorarios pendientes, con el de la reconvención, indemnización de daños y perjuicios, y, de otro, que un mismo hecho, retrasos en la obra imputables a los arquitectos, puede producir consecuencias diferentes si se prueba, como en este caso, que la prestación profesional defectuosa no solo incrementó el coste presupuestado de la obra sino que además retrasó su terminación.*

* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 10 de febrero de 1987 (RJ\1987\703):

*“(…) parece que el recurrente hace hincapié en la fijación del precio y no se trata de esto, pues* ***lo que queda sin explicar es la divergencia de fechas en los documentos presentados y porqué no se ajustó el proyecto a las instrucciones del comitente posteriores a él, lo que comporta incumplimiento contractual. La Sala de instancia estimó la concurrencia de condiciones esenciales incumplidas, de tal importancia en la economía del contrato que su entidad es suficiente para determinar que el otro contratante queda exonerado de su obligación de pago (exceptio non rite adimpleti contratus),*** *cosa que no ocurre con cualquier incumplimiento, siendo estos extremos los que había de combatir el recurso, que no lo consigue de forma adecuada, pues el hecho de que se ajuste a condiciones de tarifas y técnicas no quiere decir que la obra, el «opus» que constituye el proyecto, alcance o pueda alcanzar el fin del contrato, visto que no se modificó desde 1977, a pesar del tiempo transcurrido y de las instrucciones recibidas, con las que sólo se quiere justificar el retraso.* ***Y es que el recurrente ya de partida califica mal el contrato como de arrendamiento de servicios, siendo así que lo fue de obra, pues lo que el profesional se comprometió a prestar al comitente no era su simple actividad, sino el resultado de la misma ajustado a las instrucciones recibidas.***

* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 24 de septiembre de 1984 (RJ\1984\4303):

*“Que tal como se desprende de la propia sentencia recurrida, es decir, de sus datos numéricos, es claro y evidente que* ***la situación creada por la conducta contractual de los arquitectos no puede ser calificada de mera irregularidad subsanable por vía judicial, dada la enorme desproporción entre proyecto y realidad, constitutiva de una frustración del interés y economía del comitente o constructor, significada en la inutilidad o inviabilidad del proyecto y presupuesto en él consignado, convertido así en inútil por inapropiado para el fin propuesto, lo cual evidentemente supone un incumplimiento contractual,*** *que no mitiga el argumento de ser normal constatar en las «hojas de encargo» un presupuesto inferior en cuanto ello no posibilita tampoco el fin práctico del contrato, ni por ende autoriza la aplicación del «favor negotii», no apto, como aquí, para purgar o sanar un verdadero incumplimiento, de carácter grave, como ya se dijo también en sentencia de 5-11-1982 (RJ 1982\6528), en caso parejo.”*

* Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4ª) nº 692/1999 de 20 de noviembre (AC\1999\2340):

*“Comparte íntegramente la Sala las conclusiones de la Sentencia recurrida en orden a afirmar la responsabilidad contractual de los demandados, conforme a lo dispuesto en el artículo 1101 del Código Civil, responsabilidad de la que se deriva la obligación de reparar los daños y perjuicios causados. (…)* ***Es patente que el proyecto arquitectónico confeccionado por los demandados y que amparó la licencia de obras otorgada por el ayuntamiento*** *de Cudillero en 1988 con informe favorable de la Demarcación de Costas de Asturias y aprobación de Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Asturias,* ***resultó totalmente inviable por haber omitido los demandados el más elemental estudio sobre las características de la vieja edificación a remodelar y las condiciones del terreno en el que se asentaba (…) la licencia administrativa de obras no tiene otro significado que el de asegurar la adecuación de la obra a las Ordenanzas Municipales o Regionales, pero en modo alguno santifica, ni garantiza la corrección técnica de un Proyecto****.”*

* Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) nº 564/2001 de 29 de noviembre (JUR\2002\32768):

*“2°.–En la prueba pericial y aclaraciones al informe emitido por el Arquitecto D. José María C. G. –fs. 119 a 126–* ***queda claramente establecido que el proyecto no define de una manera concreta cómo se ha de solucionar el encuentro de la carpintería de aluminio con los aplacados de granito y que la solución proyectada es "más arriesgada****" y por ello requiere una adecuada solución constructiva en su puesta en obra con empleo de sellantes adecuados, aclarando en su contestación a la pregunta segunda que* ***compete al arquitecto director de la obra el subsanar las deficiencias del proyecto durante la ejecución de la obra, dándose por reproducidos los fundamentos de derecho segundo y tercero de la resolución de instancia en cuanto a los defectos existentes en la proyección y en la superior dirección de la obra****, a cuya valoración se ha llegado por la prueba contradictoriamente practicada, y cuyo resultado no ha sido desvirtuado por las alegaciones de la Letrado recurrente en su siempre legítimo ánimo de obtener la valoración más positiva para la parte litigante a la que defiende.”*

* Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) nº 416/2015 de 6 de noviembre (JUR\2016\58195):

*“Estando, por tanto, en el presente caso, ante un arrendamiento de obra, lo que consta realizado, es decir, el/los proyecto/s básico/s y ejecutivo/s o de ejecución de reforma del/los portales, no teniendo presente, por tanto, actuaciones: subsanaciones, cuya realización no ha quedado debidamente acreditada, se presenta/n impropio/s para su fin, destacando a este respecto la prueba pericial practicada, pues estando ante una cuestión de carácter técnico por lo que son necesarios conocimientos de tal naturaleza, técnicos, para valorar los hechos o circunstancias relevantes o adquirir certeza sobre ellos, es tal prueba pericial la que tiene por objeto proporcionar conocimientos de tal índole conforme dispone el artículo 335 de la L.E.C ., y el informe pericial del arquitecto Sr. Anton y lo por el mismo explicado en el acto el juico, es preciso y fundamentado respecto a que* ***los proyectos presentan deficiencias importantes tanto en el contenido de los documentos que los integran como en su adecuación a la normativa vigente, de accesibilidad y de protección contra incendios, que no han sido redactados con el necesario rigor técnico, haciéndolos, sus indefiniciones, inapropiados para el estudio y valoración económica por parte de las empresas constructoras con un mínimo de garantía de viabilidad y de fiabilidad presupuestaria, añadiendo que, resultan inapropiados para la obtención de la preceptiva licencia municipal de obras así como para la contratación de los trabajos y su correcta ejecución, y habiendo explicado que la solución constructiva para él no es correcta****, prueba que no resulta desvirtuada por el resto de la practicada pues cabe concretar, por su ajenidad a las partes y capacitación, que el Sr. Benigno , del servicio de edificaciones del Ayuntamiento, ha manifestado que en detalle no ha visto el proyecto , por lo que llegamos a la conclusión de que procede desestimar la demanda rectora de la presente litis, imponiendo las costas de la primera instancia a la parte actora en aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la L.E.C.”*

* Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª) nº 96/2007 de 3 de abril (JUR\2008\237116):

*“De otra parte* ***en este tipo de contratos, cobra especial relevancia la excepción de contrato no cumplido, que faculta al propietario para eximirse del pago si la prestación de los servicios no tuvo lugar, o si fue tan defectuosa que resultó inútil****. Igualmente la exceptio non rite adimpleti contractus (cumplimiento anormal o defectuoso), modalidad de la más amplia "non adimpleti contractus" (incumplimiento total), que aunque no regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, está implícitamente admitida en los Arts. 1.157, 1.100 apartado final y 1.154 del C.C ., y ha sido desarrollada por nuestro T.S. que en numerosas sentencias viene sosteniendo que,* ***no puede exigirse el pago de los servicios contratados cuando la parte obligada no los haya prestado correctamente salvo que la otra los haya aceptado*** *(…)*

*Ahora bien, una cosa es la omisión total de la prestación relativa a la entrega de la obra, y otra bien distinta la prestación defectuosa o inexacta.* ***Elemento típico y característico del contrato de arrendamiento de obra, la obligación del empresario no se agota con la mera ejecución de aquélla, sino que alcanza a su realización de modo que reúna las cualidades prometidas y, además, que no adolezca de vicios o defectos que eliminen o disminuyan el valor o utilidad previstos en el contrato, de suerte que salvo el caso de aceptación de la prestación como cumplimiento, mientras no pruebe el contratista ante la oposición contraria que la obra reúne dichas cualidades y que está exenta de tales vicios o defectos, podrá el comitente rehusar el recibo de la obra y el pago del precio****.”*

1. *En cuanto a la utilización de los criterios del art. 24 de la Ley 5/2019 como parámetros de proporcionalidad a la hora de valorar la esencialidad del incumplimiento* *(incluir sólo si se da el caso)*

* Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª) nº 524/2019 de 10 de octubre (JUR\2019\293851):

*“La facultad del acreedor para dar por vencida anticipadamente la operación ha de partir de un incumplimiento del prestatario/acreditado. En su conexión con el* artículo 1124 CC*, ha de tratarse de un incumplimiento grave y que frustre las legítimas expectativas del prestamista; ello permite de entrada descartar su operatividad ante el incumplimiento de meras obligaciones accesorias y frente a "incumplimientos irrelevantes", según expresara la última sentencia del Tribunal Supremo citada.*

*En buena lógica, la relevancia del cumplimiento debe apreciarse con parámetros proporcionales en función de la duración y del principal de la deuda; así lo precisa la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 al referirse a la obligada proporcionalidad de la medida en relación con "la duración y la cuantía del préstamo" (epígrafe 73)."*

*Finalmente, también* esta sala se pronunció ya en la Sentencia de 28 de abril de 2016 ( ROJ: SAP B 5689/2016 - ECLI:ES:APB:2016:5689 *)* y 29 de junio de 2016 ( ROJ: SAP B 9079/2016 *-* ECLI:ES:APB:2016:9079 *) indicando que : "el impago de las cuotas mensuales de devolución de un préstamo siempre será incumplimiento de una obligación esencial. Sin embargo, atendiendo también al derecho dispositivo, el* art. 1129 CC *contempla como fundamento adecuado para la anticipación del vencimiento pactado situaciones en que el deudor resulta insolvente o ha incumplido la prestación de las garantías pactadas, es decir, la regulación en nuestro sistema civil para permitir el vencimiento anticipado se produce sólo ante una situación de incumplimiento total e irreversible, es decir una situación excepcional, de forma manifiestamente distinta del contemplado en la cláusula que ahora se examina."*

*Ahora, la reciente* STS de 11 de septiembre de 2019 *, dictada tras el planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE y resuelta por éste en STJUE de 26 de marzo de 2019,por lo que aquí interesa, establece los criterios a tener en cuenta para valorar cuándo se produce un incumplimiento esencial y grave de la obligación de pago en un préstamo con garantía hipotecaria que revista entidad suficiente como para amparar el ejercicio de la acción resolutoria del* art. 1124 CC *, con exclusión para el deudor del beneficio del plazo pactado conforme al* art. 1129 CC*. (…)*

*En el caso que nos ocupa, ya indica la demandante y no ha resultado controvertido, la parte demandada habría impagado, en la primera mitad de la vida del préstamo (40 años) y a la fecha de cierre de la cuenta, 14.12.16, 10 cuotas equivalentes a un 2,60% del total prestado.*

*En atención a lo expuesto en el fundamento anterior, si bien no constan pagos posteriores ni ofrecimiento de los mismos, lo cierto es que el porcentaje impagado no supera los umbrales requeridos para apreciar el vencimiento anticipado de la obligación, lo que trasladado a la acción que nos ocupa implica que a la hora de valorar el incumplimiento de la obligación de pago, dicho incumplimiento no sea tildado de esencial y grave.”*

1. *En cuanto a la realización del derecho de hipoteca:*

* Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª) nº 524/2019 de 10 de octubre (JUR\2019\293851):

*“Incluye la parte actora en la acción de cumplimiento una segunda petición relativa a lo que debe ocurrir en ejecución de sentencia para el caso de que la parte demandada no cumpla la condena dineraria impuesta. Pues bien, solo indicar que la ejecución de la presente resolución deberá llevarse a cabo en su caso por los trámites de la ejecución de resoluciones judiciales de los arts. 517.2.1 º, 556, 584 y concordantes de la LEC, y no de los arts. 681 y siguientes LEC.”*

Por todo lo expuesto,

**AL JUZGADO SUPLICO:** Que habiendo presentado este escrito en tiempo y forma, lo admita a trámite y me tenga por comparecida en nombre y representación de la Sra. …………………. y, previos los trámites oportunos,

1. Acuerde estimar la excepción de prejudicialidad civil, suspendiendo la tramitación de este procedimiento hasta que recaiga resolución firme en el procedimiento ordinario …………….. seguido ante el Juzgado de Primera Instancia .... de ……………. Y en su momento y entrando en el fondo de las cuestiones planteadas,
2. dicte Sentencia por la cual desestime íntegramente la demanda interpuesta por ……………….., con imposición expresa de costas.

*Demanda reconvencional o demanda paralela (según si tenemos Juzgado especializado en cláusulas abusivas, o no):*

**OTROSÍ DIGO:** Que la Sra. ……………. Formula **demanda reconvencional** contra ……………………. en base a los siguientes hechos….

*(…demanda cláusulas abusivas y no olvidar solicitar por otrosí la designación de un perito judicial contable que efectúe nuevo cuadro de amortización del préstamo y liquidación de deuda sin aplicar las cláusulas que hemos denunciado en nuestro escrito).*