



Roj: **SAP PO 1404/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:1404**

Id Cendoj: **36038370032020100296**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **3**

Fecha: **23/07/2020**

Nº de Recurso: **62/2020**

Nº de Resolución: **255/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00255/2020

Modelo: N10250

/ROSALÍA DE CASTRO NÚM. 5-2-IZQ. (PONTEVEDRA)

-

Teléfono: 986805127/28/29/30 **Fax:** 986805123

Correo electrónico:

Equipo/usuario: EM

N.I.G. 36008 41 1 2016 0000029

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000062 /2020

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.3 de CANGAS

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000034 /2016

Recurrente: Rosa , Jaime , Sacramento Procurador: FAUSTINO JAVIER MAQUIEIRA GESTEIRA, JORGE IGNACIO FREIRE RODRIGUEZ , RAFAEL BARRIOS PEREZ

Abogado: ANTONIO ACUÑA NOGUEIRA, ALBERTO CURRAS PIÑEIRO , ALFREDO IGLESIAS SANTOS

Recurrido: EOS SPAIN SL

Procurador: CAYETANA MARIN COUCEIRO

Abogado: MARIA RAQUEL PEREZ RODRIGUEZ

SENTENCIA Nº: 255/2020

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRISIMOS SRES

PRESIDENTE

D. ANTONIO-J. GUTIÉRREZ R.-MOLDES.

MAGISTRADOS

D. JAIME ESAIN MANRESA.D. FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS.

En PONTEVEDRA, a veintitrés de julio de dos mil veinte



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000034/2016, procedentes del **XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.3 de CANGAS**, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000062/2020**, en los que aparece como parte apelante, D^a. Rosa , representada por el Procurador de los tribunales, Sr. FAUSTINO JAVIER MAQUIEIRA GESTEIRA, asistida por el Abogado D. ANTONIO ACUÑA NOGUEIRA, D. Jaime , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JORGE IGNACIO FREIRE RODRIGUEZ, asistido por el Abogado D. ALBERTO CURRAS PIÑEIRO y D^a. Sacramento , representada por el Procurador de los tribunales, Sr. RAFAEL BARRIOS PEREZ, asistida por el Abogado D. ALFREDO IGLESIAS SANTOS, y como parte apelada, EOS SPAIN SL, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. CAYETANA MARIN COUCEIRO, asistida por el Abogado D. MARIA RAQUEL PEREZ RODRIGUEZ, sobre reclamación de cantidad, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por el XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.3 de CANGAS, se dictó sentencia de fecha 8 de abril de 2019, cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: Estimo íntegramente la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales don José Portela Leirós, a instancia de "Eos Spain, S.L., Sociedad Unipersonal" y, en consecuencia, doña Sacramento , representada por el procurador de los tribunales don José Antonio González García, doña Rosa , representada por el procurador de los tribunales don Faustino Javier Maquieira Gesteira y don Jaime , representado por la procuradora de los tribunales doña Araceli Barrientos Barrientos a abonar a la actora la cantidad de catorce mil trescientos setenta y seis euros, con dieciséis céntimos, más los intereses legales desde la interposición judicial y hasta la sentencia y, a partir de ahí, producirá los intereses procesales del artículo 576 LEC, imponiendo las costas procesales a la parte demandada y desestimando, en consecuencia, la demanda reconvenicional planteada por el procurador de los tribunales doña Araceli Barrientos Barrientos, en representación de don Jaime , con imposición de costas al demandante reconvenicional".

SEGUNDO.- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante y demandada el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública ni práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se impugna la resolución de la instancia por las representaciones de los tres codemandados. la de D. Jaime plantea una inicial cuestión de Infracción Procesal por mor de la inadmisión de la prueba Documental sobre los pormenores, precio consignado en el Contrato de C. Venta/Cesión del Créditos de litis, extremo éste carente de recorrido en la alzada toda vez que aquélla decisión responde al iter procesal que rige el procedimiento en materia de prueba, con lo que el único cauce disponible a la parte para viabilizar su objeción era la reiteración de la proposición de tal prueba en la alzada (Art. 460 LEC/00), tal y como así hizo también, obteniendo, además, respuesta positiva de la Sala (Auto de fecha 11 de Marzo de 2020 y ulterior Providencia de 30-VII-20), planteando luego, en cuanto al fondo, la viabilidad y admisibilidad de su Reconvenición al objeto de reconocimiento del derecho de Retracto de Crédito Litigioso que contempla el Art. 1535 CC. Por su parte la representación de Doña Sacramento , impugna en similares términos, planteando la Infracción Legal por la denegación de prueba y el reconocimiento del derecho del Art. 1535 CC (Retracto de Crédito Litigioso) a su favor, extremos que resultan insostenibles toda vez que, como se resolvió en la alzada, tal prueba resultó correctamente denegada a dicha parte al ser ajena al posicionamiento por ella mantenido en su contestación, limitada a la nulidad por abusividad de las Cláusulas sobre Interés Moratorio y Vencimiento anticipado, Auto de 11 de Marzo de 2020 sobre prueba dictado por la Sala, además, habida cuenta de que dicha parte no ejercitó la pertinente y necesaria Reconvenición cara el reconocimiento del derecho del Art. 1535 CC, también reiteró en su recurso la Nulidad por Abusividad de las Cláusulas de Intereses Moratorios y Vencimiento Anticipado antes referidas, extremo no argumentado en el recurso lo que le aboca necesariamente a su desestimación por las razones desarrolladas en Sentencia. Por último, la representación de Doña Rosa , inicialmente declarada en Rebeldía Procesal y luego personada habiendo precluido su término para contestar, impugna la Sentencia adhiriéndose a los planteamientos de los anteriores y suscita una cuestión nueva de Nulidad, la aplicación de la normativa de Consumidores TRLGDCU Art. 86 en relación a la Directiva 93/13/CEE.



SEGUNDO.- Avanzando en las respuestas ya dadas supra a varias cuestiones de las apelaciones hemos de analizar en primer lugar lo planteado en el último recurso (Doña Rosa). Su objeto resulta insostenible por sí mismo toda vez que, por un lado, excede del planteamiento derivable de su inicial rebeldía (Art. 496 LEC/00), salvo en lo que a la abusividad se refiere al tratarse de cuestiones de orden público abordables de oficio, si bien en este caso toda vez que, como bien resuelve la Sentencia y no se desdice ni argumenta nada en la impugnación que lleve a otra convicción a la Sala, no resultando la referida impugnante y demandada (ni el resto) consumidores, ni siendo el de litis un préstamo de consumo, no le es aplicable la doctrina tuitiva o protectora en la que intenta escudarse, lo que aboca a la desestimación de los planteamientos de esta impugnación. Son desde luego reproducibles aquí y plenamente aplicables, las razones desestimatorias antes desarrolladas sobre la no concurrencia de infracción procesal por denegación de la prueba documental propuesta y sobre la inviabilidad de los planteamientos, arrojados solo, relativos al derecho de retracto de crédito litigioso.

TERCERO.- Llegado aquí, lo único que resta por revisar y decidir, es la atendibilidad de la Reconvencción formulada por la representación de D. Jaime , al objeto del reconocimiento a su favor del derecho de retracto de crédito litigioso que contempla el Art. 1535 CC. Partiendo de que la decisión de Sucesión Procesal a favor de EOS SPAIN SL Sociedad Unipersonal (Autos de 20- III-2017, en el P. Ordinario Acumulado N° 131/16, y de 4-XII-2018, en el Principal N° 34/16), resulta correcta e inatacable el responder a los presupuestos procesales que la regulan (Art. 17 LEC/00), careciendo de incidencia en la misma las cuestiones relativas al ejercicio del derecho de retracto del Art. 1535 CC, lo que ha de decidir la Sala es, únicamente, si es viable y reconocible este derecho ejercitado en forma, a medio de reconvencción, por D. Jaime .

CUARTO.- En este ámbito resolutivo la oposición (conjunta a las tres apelaciones) desarrollada por EOS SPAIN SL se centra en cuestionar las alegaciones de los recurrentes que intentan objetar la decisión favorable a la sucesión procesal en razón de la admisibilidad anterior del retracto del Art. 1535 CC, lo que ya rechazamos antes. Con ello, la Alegación 4ª, finalmente, se opone a la viabilidad del mismo remitiéndose a lo consignado en la STS de 1 de Abril de 2015. Hemos de poner de manifiesto que la "reargumentación" y desarrollos jurídicos de la apelada (EOS SPAIN SL), contenida en sus Escritos de "respuesta" a los requerimientos acordados por la Sala, tras la admisión de la prueba Documental acordada en la alzada (Auto de 11 de Marzo de 2020), concretamente el inicial de 12 de Julio, tras el Auto, y el ulterior de 3 de Julio, tras la Providencia que reiteró el requerimiento de la prueba Documental admitida, se excede en sus contenidos al introducir e intentar hacer valer en estas "Alegaciones", argumentos de oposición al ejercicio del derecho de retracto del Art. 1535 CC, sin aportar lo admitido, requerido y reiterado. Siendo ello así, habida cuenta de que no se ha dado cumplimiento "injustificadamente" a lo requerido, porque la posibilidad o no del ejercicio del derecho de retracto del Art. 1535 CC es lo que ha de decidir la Sala en esta alzada, como objeto efectivo de dirimencia, y toda vez que se reiteró el requerimiento recordándose y apercibiéndose expresamente a la parte demandante, apelada y requerida, de las consecuencia que previene el Art. 329 LEC/00, resulta obvio el concluir, siguiendo este precepto y atendidos los planteamientos y documental concurrente, en perjuicio de la actora apelada, que existe un precio de venta, individualizado o individualizable, del crédito de litis que vendrá a ser el que en su momento, voluntariamente o en ejecución forzosa de sentencia, se acredita a medio de la Escritura de Venta y Cesión de Créditos de 13 de Junio de 2016 (Testimoniada parcialmente en autos f.84 y 220), y ya individualizadamente respeto del que nos ocupa ya aplicando el total al montante proporcional que corresponda en relación al crédito y/o Saldo deudor derivado del mismo objeto de cesión, en el porcentaje que resulte como precio atribuido o atribuible respecto del total de venta.

QUINTO.- Establecido lo anterior es fácil advertir que entendemos viable el ejercicio del derecho de retracto de crédito litigioso del Art. 1535 CC. Tal es así toda vez que nos encontramos ante un "Crédito litigioso", extremo no controvertido y la Venta se produce mediando el litigio en el que nos encontramos (iniciados a 14-I y 1-III-2016, respectivamente el 34/16 y el Acumulado 131/16, siendo la Escritura Pública de Venta y Cesión de 13 de Junio de 2016), relativos ambos a la exigibilidad de las cuantías reclamadas (STS 21 de Octubre de 2008).

SEXTO.- NO cabe hablar de Caducidad de la Acción de Retracto (Art. 1535.2 CC) toda vez que el retrayente/Reconviniente no tuvo ni ha tenido hasta ahora conocimiento completo y pleno de la cesión, venta del crédito, al no facilitársele a él, tampoco en el Procedimiento, habiendo sido expresamente requerida para ello la actora (EOS SPAIN SL) conforme a lo acordado (Auto 11-III y Providencia de 12-VII-2020), como explicamos no justificándose nada antes en este sentido, ni alegándose siquiera.

SÉPTIMO.- Hemos de reseñar dos cosas, por un lado, que estamos a nuestra Sentencia de fecha 26 de Enero de 2017, advirtiendo de que, como en él expresamos y toda vez que la vendedora es ABANCA SA, final adquirente por subasta del FROB de la entidad Prestamista inicial, Caixanova, tras sucesivas fusiones previas y su intervención, como recoge el Preliminar de sus Demandas y se completa con la Documentación de la Sucesión Procesal, no cabe hablar de cesión o transmisión en bloque en los términos de la STS de 1-IV-2015,



esgrimida en la Oposición. No es una venta incurra en el Proceso de Reestructuración y Ordenación bancaria gestionado por el FROB conforme a los Reales Decretos Ley 9/2009 de 26 de Junio y 11/2010 de 9 de Julio, sino una transmisión ulterior sin las finalidades públicas que dichas normas contemplan. Por otro, que no cabría tampoco el objetar la falta de toda consignación previa a efectos del retracto, conforme a los Arts. 1535 CC y 266.3º LEC/00, porque ni se opone ello en su momento, de hecho no se contestó a la Reconvención (Diligencia de Ordenación de 18 de Octubre de 2017 al f. 268 de autos), ni cabe considerarlo como requisito de procedibilidad del Art.403 LEC/00, ni le son aplicables las exigencias de otros retractos (SAP Madrid S. 12ª de 26-VI-14), siendo esta una cuestión nueva, por ello no atendible ni abordable (Art. 456 LEC/00).

OCTAVO.- En definitiva, en lo que a D. Jaime se refiere respecto de la Reconvención por él entablada frente a la actora (EOS SPAIN SL), ha de reconocérsele el derecho de retracto de crédito litigioso ejercitado por el mismo con los consiguientes efectos de Extinción y Reembolso del Crédito reclamado por EOS SPAIN y con consecuente repercusión en relación a los codemandados, en cuanto obligados solidarios a su pago, quienes por ello han de beneficiarse, necesariamente, de lo reconocido una vez que se haya hecho valer por aquél correctamente el derecho de retracto (Art. 1145 C. Civil) y sin perjuicio del derecho de repetición que luego le corresponda a D. Jaime frente a ellos, a dirimir en otro procedimiento. Al efecto en las circunstancias de oscuridad que ha propiciado la actora eludiendo cumplimentar el requerimiento, que sólo a ella han de perjudicarle (Art. 217.1.2 y 7 en relación al Art. 329 de la LEC/00) y habida cuenta de lo normado, ha de reconocerse a D. Jaime la posibilidad de abono liberatorio a medio de la concesión del término de 9 días para el abono o pago de la cantidad que resulte el precio individualizado o individualizable, según lo explicado supra (Fundamento Jurídico CUARTO), una vez informado o enterado del mismo con fehaciencia, si bien debiendo abonarle a EOS SPAIN o consignar en el Juzgado, en ese mismo plazo de 9 días, a contar desde la fecha de esta resolución, la suma de **1.437,62 €** correspondiente al 10% de lo reclamado, sin perjuicio de una ulterior liquidación voluntaria o en ejecución de sentencia por el cauce del Art. 719 de la LEC/00, al partirse de tal suma como un montante estimable exigible que se corresponde con el precio de venta del préstamo repercutible conforme al Art. 1535 CC.

NOVENO.- De todo lo anterior se sigue la desestimación de los recursos formulados por las representaciones de Doña Sacramento y Doña. Rosa , acogiéndose sustancialmente el interpuesto por la de D. Jaime , con la consiguiente imposición de las costas de sus apelaciones a aquéllas y declarando no haber lugar a la imposición de las costas derivadas de la alzada de D. Jaime (Art. 398 LEC/00).

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de SM. el Rey,

FALLO:

Desestimamos los Recursos de Apelación formulados por las representaciones de Dª Sacramento y Dª Rosa y Acogemos el interpuesto por D. Jaime , todos ellos contra la Sentencia de fecha 8 de Abril de 2019, dada en el P. Ordinario N° 34/16 (al que se acumuló el P. Ordinario N° 131/16), y, en consecuencia, Revocamos en Parte la misma en el sentido siguiente.

Estimamos la Reconvención formulada por D. Jaime , frente a EOS SPAIN SL Sociedad Unipersonal y Declaramos su derecho al ejercicio de Retracto del Crédito Litigioso conforme al Art. 1535 CC, por lo que ha lugar por su parte a Extinguir y Reembolsar a EOS SPAIN SL Soc. Unipersonal el Precio pagado, costas e intereses que acredite, a materializar conforme a lo recogido en el cuerpo de esta resolución (Fdto. Jdco. OCTAVO), según lo que resulte de la Venta documentada recogida en la Escritura Pública de 13 de Junio de 2016, a fijar voluntariamente o en ejecución de Sentencia por el cauce referido del Art. 719 LEC/00, debiendo ahora y en el término de 9 días desde la notificación de esta Sentencia, abonar o consignar en la Cuenta del Juzgado de la Instancia la suma de **1.437,62 €**, para la efectividad del derecho reconocido.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la presente sentencia podrá ser susceptible de Recurso Extraordinario de Infracción procesal y de Casación si concurren los requisitos legales (arts. 469, 477, y Disposición Final 16 LEC), que se interpondrán, en su caso, ante el Tribunal en el plazo de 20 días a contar desde la notificación de la presente.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

Una vez firme, expídase testimonio que será remitido con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos.



Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ