



Roj: **SAP CS 448/2021 - ECLI:ES:APCS:2021:448**

Id Cendoj: **12040370032021100409**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Castellón de la Plana/Castelló de la Plana**

Sección: **3**

Fecha: **03/06/2021**

Nº de Recurso: **1605/2019**

Nº de Resolución: **458/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ADELA BARDON MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN SECCIÓN TERCERA

Rollo de apelación civil número 1605 de 2019 Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Castelló Juicio Ordinario número 268 de 2018

SENTENCIA NÚM. 458 de 2021

Ilmos. Sres. e Ilma. Sra.: Presidente:

Don JOSÉ MANUEL MARCO COS

Magistrada:

Doña ADELA BARDÓN MARTÍNEZ

Magistrado:

Don JULIAN ÁNGEL GONZÁLEZ SÁNCHEZ

En la Ciudad de Castelló, a tres de junio de dos mil veintiuno.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castelló, constituida con los Ilmos. Sres. e Ilma Sra. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, en ambos efectos, interpuesto contra la Sentencia dictada el día diecisiete de junio de dos mil diecinueve por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Castelló en los autos de Juicio Ordinario seguidos en dicho Juzgado con el número 268 de 2018.

Han sido partes en el recurso, como apelante, Dª Cristina, representado/a por el/a Procurador/a D/ª. Maria de las Mercedes González Rodríguez y defendido/a por el/a Letrado/a D/ª. Braulio José Castillo Garcia, y como apelado, Bankia,

1

S.A, representado/a por el/a Procurador/a D/ª. Pablo Dominguez Camarero y defendido/a por el/a Letrado/a D/ª. Eva Maria Pesudo Arenós.

Es Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dª. Adela Bardón Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada literalmente establece: *"DESESTIMO la demanda interpuesta por D.ª Cristina, representada por el Procurador*

D. M.ª Mercedes González Rodríguez, contra BANKIA, S.A., representada por el Procurador D. Eva Mª Pesudo Arenos, y en consecuencia;

1.- *ABSUELVO a la demandada de todo lo que se pretendía frente a la misma en la demanda.*



2.- **CONDENO** a D. ^a Cristina , al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.".

SEGUNDO.- Notificada dicha Sentencia a las partes, por la representación procesal de D^a Cristina , se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, en escrito razonado, solicitando se dicte Sentencia de conformidad con el suplico de la demanda, con todos los pronunciamientos favorables y que falle:

I.-Que se estima el incumplimiento contractual de BANKIA, del contrato de cuenta de crédito con garantía hipotecaria, suscrito en fecha 18 de diciembre de 2009, por infracción de sus obligaciones contractuales de buena fe, lealtad y transparencia.

II.- Que se declare que las condiciones omitidas o expresadas de forma insuficientemente transparente, que se referían a la duración e importe de las prestaciones esenciales del contrato, no vincularan a Dña. Cristina , exigiéndose su cumplimiento "ab initio" con arreglo a lo expresado en la oferta publicitaria del producto contratado denominada Vivienda Pensión Bancaja, que quedara así integrada en el contrato.

2

III.- Que el contrato litigioso funciona como una hipoteca inversa y que BANKIA, S.A., ha incumplido el contrato al dejar de abonarlas desde el día 1 de enero de 2015.

IV.- Estimase la acción de cumplimiento de contrato condenando a Bankia a cumplir la obligación de pago a Dña. Cristina , hasta la fecha de vencimiento del contrato, de una renta mensual vitalicia creciente en un 2% anual, cuyo importe será acreditado el primer día de cada mes en la cuenta corriente bancaria que responde a la siguiente numeración NUM000 . En el año 2018 dicha renta asciende a la cantidad de (609,41 €) y se incrementa la misma en la expresada razón porcentual en las sucesivas anualidades, comenzando el abono de la primera desde la fecha de ejecución de la sentencia.

V.- Estimase la acción acumulada de reclamación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento y condenara a Bankia, S.A., a abonar a Dña. Cristina la cantidad resultante de las siguientes bases de liquidación: suma de las rentas insatisfechas por la entidad demandada desde que dejó de cumplir el contrato en enero de 2015, más los intereses legales devengados por cada mensualidad impagada desde su fecha de vencimiento hasta el día de la liquidación de condena en ejecución de sentencia o el pago. El importe de la renta de cada uno de los años en que se ha verificado el incumplimiento de contrato se obtendrá como resultado de incrementar en un 2% la cifra exigible en el año inmediatamente anterior, partiendo de que el año 2014, último en que se cumplió el contrato, la renta periódica ascendió a quinientos sesenta y tres euros (563 €), tomándose como base de cálculo para el periodo inmediatamente posterior y así sucesivamente.

VI.- Se impongan las costas a Bankia por imperativo legal.

Se dio traslado a la parte contraria, que presentó escrito oponiéndose al recurso, solicitando se dicte sentencia desestimando íntegramente el recurso de apelación formulado de adverso, con expresa imposición de costas a la parte apelante.

Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial, correspondiendo su conocimiento a esta Sección Tercera, en virtud del reparto de asuntos.

Por Diligencia de Ordenación de fecha 23 de diciembre de 2019 se formó el presente

3

Rollo y se designó Magistrada Ponente, se tuvieron por personadas las partes y por Providencia de fecha 29 de marzo de 2021 se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 3 de junio de 2021, llevándose a efecto lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales de orden procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Objeto del recurso.*

Doña Cristina formuló demanda frente a Bankia S.A. en ejercicio de la acción de cumplimiento del contrato que las partes suscribieron en fecha 18 de diciembre de 2009 y acumuladamente de reclamación de daños y perjuicios, pidiendo que se le reconozca con fundamento en ese contrato un derecho a percibir una renta vitalicia y la condena de la entidad bancaria a abonarle los importes de la misma desde que se dejaron de pagar con fecha 1 de enero de 2015, interesando además la compensación del importe resultante con el liquidado



por Bankia S.A. en 17.325,27 €, con causa en el contrato de crédito con garantía hipotecaria suscrito por las mismas partes en fecha 11 de febrero de 2015.

La entidad demandada se ha personado en el procedimiento y ha contestado a la demanda oponiéndose a su contenido, solicitando su desestimación y la imposición de costas a la parte demandante.

Por otrosí se ha solicitado como medida cautelar la anotación preventiva de la demanda en la inscripción de la finca hipotecada, lo que ha sido acordado por Auto de fecha 7 de junio de 2018.

La Sentencia dictada en la instancia ha desestimado la demanda y ha impuesto el pago de las costas de la instancia a la parte demandante, al considerar acreditado que el contrato suscrito por las partes lo fue de hipoteca de máximo en garantía de cuenta corriente, en el que la demandada estaba obligada al pago de una renta mensual temporal hasta el día 1 de

4

diciembre de 2014, sin que pueda desprenderse del contrato la existencia de cláusulas oscuras o contradictorias y sin que pueda apreciarse que la demandante fuera engañada o inducida a error o que haya habido falta de transparencia en la comercialización del producto, al haberle dado las explicaciones necesarias, habiendo sido la información suministrada correcta, detallada, suficiente y comprensible, por lo que rechaza que haya habido incumplimiento contractual.

Frente a esta resolución interpone recurso de apelación la representación de Doña Cristina .

Alega para ello en el primero de los motivos del recurso la existencia de error en la apreciación y valoración de la prueba, por la confusión existente entre el Anexo y el documento n.º 1 de los acompañados con la contestación a la demanda. Igualmente por la falta de transparencia en el contenido del Anexo, que genera confusión sobre los elementos principales del contrato. Y finalmente respecto a la apreciación y determinación del tipo de contrato concertado entre las partes y su alcance.

En segundo lugar opone la existencia de error en la aplicación del derecho y de la jurisprudencia, por la falta de aplicación de la inversión de la carga de la prueba en los contratos celebrados entre bancos y consumidores, en cuanto a la negociación de las cláusulas y la información a suministrar. También por la falta de acreditación de la entrega y falta de aplicación de lo que determina la Ley de Protección Bancaria en cuanto al deber de información anterior al contrato.

Solicita por todo ello la íntegra estimación de la demanda en los términos del suplico de la misma.

La entidad bancaria ha presentado escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto, solicitando su desestimación, la confirmación de la resolución dictada y la imposición de costas de la alzada a la parte apelante.

SEGUNDO.- Naturaleza jurídica del contrato.

Debemos comenzar señalando que no se va a seguir en la resolución del recurso de

5

apelación el orden establecido en el mismo por considerar más acertado seguir una sistemática diferente a fin de dar una respuesta más ordenada a todas las cuestiones planteadas.

Así en primer lugar entendemos necesario comenzar estableciendo cual es la naturaleza jurídica del contrato concertado, cuestión que la Juez de instancia ha resuelto concluyendo que se trata de una hipoteca de máximo en garantía de una cuenta corriente, criterio con el que discrepamos aun cuando ésta haya sido la denominación que se le otorgó, considerando por el contrario que nos encontramos ante una hipoteca inversa como defiende la parte demandante.

La hipoteca de máximo en garantía de una cuenta corriente viene contemplada en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, en cuyo apartado primero se establece que " *Podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, determinándose en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca y el plazo de duración, haciendo constar si éste es o no prorrogable, y, caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta.*

Si al vencimiento del término fijado por los otorgantes o de la prórroga, en su caso, el acreedor no se hubiere reintegrado del saldo de la cuenta, podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro en la parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca por el procedimiento establecido en los artículos 129 y siguientes. A la escritura y demás documentos designados en la regla 3.ª del artículo 131 deberá acompañar el que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada".



De esta forma dependiendo del importe del que se haya dispuesto en la cuenta corriente de crédito y dentro de ese límite máximo a su vencimiento el acreedor que no hubiere sido reintegrado de la deuda podrá utilizar la acción hipotecaria.

Por el contrario la hipoteca inversa viene regulada, como la propia Juez de instancia recuerda, en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

6

En el apartado primero a) de esa norma se dispone " *que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios*",

En la Guía de acceso a la Hipoteca Inversa que edita el Banco de España y que se ha acompañado a la demanda como documento número siete, se define la hipoteca inversa diciendo que " *se trata de un crédito o préstamo garantizado con una hipoteca que recae sobre la vivienda habitual (también sobre otras viviendas, pero, en este caso, las posibles ventajas o beneficios fiscales serían menores) concedido, de una sola vez o a través de prestaciones periódicas, a una sola vez o a través de prestaciones periódicas, a una persona que debe ser mayor de una determinada edad -a partir de 65 años- o acreditar un grado de discapacidad (igual o superior al 33%) o dependencia (dependencia severa o gran dependencia), no siendo exigible su devolución hasta el momento del fallecimiento. Al revés que en una hipoteca normal, la deuda no va disminuyendo con el tiempo, sino aumentando hasta que un tercero -los herederos del inmueble- opta por asumirla como propia, en caso de interesarle mantener la propiedad del inmueble*".

En el caso que no ocupa la hipoteca suscrita en fecha 18 de diciembre de 2009 dispone expresamente en su estipulación primera, referida a la concesión, límite y plazo del crédito que " *La Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja, como Entidad acreditante, concede a DOÑA Cristina, como acreditada, un crédito hasta un límite de QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL (578.000 €) EUROS, por plazo que vencerá el día en que se cumpla un año desde la fecha del fallecimiento del acreditado o, si fuesen varios los acreditados, desde la fecha del fallecimiento del último de los acreditados que sobreviva*".

De esta forma no es exigible la devolución del importe del crédito hasta que no transcurra un año del fallecimiento de la demandante, lo que supone que dicha hipoteca deba calificarse de inversa en los términos expuestos, al vincular esa obligación con el fallecimiento y no con el término fijado de duración, pudiendo reclamar el importe adeudado en un procedimiento de ejecución hipotecaria, aumentando la deuda a partir de las disposiciones efectuadas.

7

Es significativo en este sentido que los tres empleados de la entidad bancaria que comparecieron al juicio como testigos se hayan referido al contrato suscrito como de hipoteca inversa.

Por otra parte no es un requisito imprescindible para poder concertar dicha hipoteca inversa que se suscriba un seguro que asuma el pago de las rentas vitalicias desde un determinado momento, a partir de haber superado la prestataria su esperanza de vida.

Como se explica en la guía editada por el Banco de España la suscripción de ese seguro que garantiza las rentas vitalicias se incluye en varias de las diferentes modalidades que pueden concertarse, pero no es en todo caso imprescindible para llevar a cabo esa contratación.

La disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre ya mencionada, lo que exige como uno de los requisitos de la hipoteca inversa es " *que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*".

Se está refiriendo por tanto a un seguro de daños diferente al seguro que garantiza el pago de las rentas diferidas.

Pero aun cuando fuera exige ese seguro, como indica la guía del Banco de España antes mencionada " *En todo caso, también puede considerarse hipoteca inversa -aunque atípica- si la operación se formaliza no cumpliendo estrictamente las condiciones transcritas en la ley*".

No es admisible tampoco que se invoque la necesidad de la suscripción de ese seguro con base a un folleto informativo que la propia representación de la entidad bancaria niega haber entregado.



Diremos por último que en este caso y además de la calificación jurídica del contrato lo relevante son las obligaciones de pago de la renta mensual que el banco asumía en el contrato suscrito, si ésta era vitalicia o temporal, lo que constituye la controversia principal

8

del procedimiento, refiriéndonos más adelante a esta cuestión.

TERCERO.- *Obligaciones previas a la contratación de la entidad bancaria, carga de la prueba.*

También entendemos que es conveniente a continuación referirnos a cuales son las obligaciones previas a la contratación que pesan sobre la entidad bancaria en cuanto a la información a suministrar a su cliente, quien en este caso no es controvertido que tiene la consideración de consumidora a estos efectos.

En primer lugar cabe indicar que nos encontramos ante un contrato de adhesión, en el que las cláusulas contractuales se ha predispuesto por la entidad bancaria quien tiene la obligación de informar a la cliente de las características y riesgos del producto contratado.

Es constante además la doctrina jurisprudencial, entre la que cabe citar la Sentencia de esta Sala que se menciona en el recurso núm. 58/2017, de 23 de febrero, que atribuye a la entidad bancaria la carga de acreditar, como profesional y por su mayor facilidad probatoria, que informó adecuadamente a la prestataria de esas características y riesgo del producto contratado.

Por otro lado y para determinar esas obligaciones de información debemos también mencionar que en contra de lo que se indica en el recurso no es de aplicación la Ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración del préstamo o crédito.

En el artículo primero de esta norma y en cuanto al ámbito de aplicación se establece que " 2. *Lo dispuesto en esta Ley no será de aplicación cuando las actividades previstas en el apartado anterior sean prestadas por entidades de crédito o sus agentes, ni a las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles*".

En el caso que nos ocupa nos encontramos ante un contrato concertado con una entidad de crédito por lo que le resulta aplicable por el contrario la Orden de 5 de mayo de

9

1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, norma que fue derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, pero que se encontraba vigente cuando se concertó el contrato que nos ocupa el día 18 de diciembre de 2009.

Esa Orden Ministerial se refiere en primer lugar a los actos preparatorios entre los que incluye en su artículo 3 la entrega de un folleto informativo, lo que en este caso no se puede estimar que haya tenido lugar aunque con la demanda se haya aportado un folleto informativo como documento número dos, porque el mismo ha sido impugnado por la entidad bancaria, que niega su entrega indicando que no se encuentra firmado por las partes, sin que haya aportado por el contrario esa parte demandada ningún otro folleto que haya entregado a la prestataria.

También exige el artículo 5 de esa norma la entrega de una oferta vinculante que tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles, debiendo hacer constar en la misma el derecho de la prestataria, en caso de aceptar la oferta, de examinar en el despacho del Notario el proyecto de documento contractual con una antelación de tres días antes del otorgamiento de la escritura del proyecto de documento contractual.

En el presente supuesto la oferta vinculante se contiene en el documento número uno de la contestación a la demanda, al que después nos referiremos, que es de fecha 17 de diciembre de 2009 del día anterior a la firma del contrato, por lo que la misma no fue entregada con la antelación suficiente.

No se ha dado cumplimiento por ello a los requisitos de información previstos en la norma exigibles con anterioridad a la suscripción del contrato.

También debemos referirnos a que en el momento del otorgamiento del contrato, según dispone el artículo 7-3 de la citada Orden " *En cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario:*

1. Comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiéndolo



10

al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación".

En el presente caso no consta que en la escritura de hipoteca suscrita el Notario haya efectuado estas comprobaciones y que se haya unido siquiera la oferta vinculante.

Por otra parte en el acto del juicio han comparecido tres empleados de la entidad bancaria, quienes manifestaron no haber intervenido personalmente en la comercialización del producto, habiéndole hecho una compañera que en ese momento ya había fallecido, por lo que se limitaron a efectuar manifestaciones genéricas sobre la forma de contratación pero sin poder afirmar con la necesaria certeza como se facilitó en este caso la información del contrato.

Es cierto que uno de estos testigos, D. Carlos Jesús , a quien la Juez de instancia ha otorgado plena credibilidad por estar jubilado y no prestar servicios ya para Bankia S.A., dijo que aunque la hipoteca podía ser con renta vitalicia o temporal la subdirectora que ha fallecido, que fue quien suscribió el contrato con Doña Cristina , le había manifestado que la idea de la demandante era un tipo de renta temporal para vender en poco tiempo alguno de los inmuebles y así obtener liquidez, afirmando igualmente que su compañera le había explicado el contrato y lo que firmaba. Con este sólo testimonio no puede considerarse acreditado que a la actora se le haya informado que el contrato que firmaba no era de renta vitalicia, que dicha renta era temporal y que finalizaba su abonó el día 1 de diciembre de 2014.

Esto fue negado por la demandante en el juicio que dijo que a ella lo que se le había dicho era que hipotecando la vivienda iba a tener una renta vitalicia hasta ese límite en que había sido tasado el inmueble de 578.000 €.

Resulta por otra parte significativo en este sentido que si esas explicaciones se hubieran dado en la forma que se defiende por la entidad bancaria después, según explicó el testigo Carlos Jesús , esta señora se haya personado en la entidad bancaria porque le vencía el pago de las rentas y quería seguir cobrándolas acudiendo a hablar para ello con algún compañero de Valencia, lo que motivó que se formalizara otra operación de préstamo bancario en el año 2015, constituyendo una segunda hipoteca sobre el mismo inmueble para

11

darle dos años más de rentas y para que en ese plazo pudiera vender alguno de los inmuebles de su propiedad.

En el mismo sentido declaró otro de los testigos Don Celestino , empleado también de la entidad bancaria, quien si bien no intervino en la comercialización del producto en el año 2009 si que lo hizo con posterioridad cuando finalizaban en el año 2014 los pagos de la renta, ya que según dijo su jefe le había pedido que atendiera a esta cliente, siendo la petición de ella la de seguir teniendo dinero todos los meses. No parece que fuera antes otra su intención y que con las explicaciones que se le facilitaron hubiera la misma comprendido que la renta se iba a pagar con ese límite temporal.

No podemos entender por tanto que la entidad bancaria haya demostrado que con anterioridad a la suscripción del contrato se haya informado a la demandante de las características del producto contratado.

CUARTO.- Valoración de la prueba, incumplimiento del contrato y consecuencias.

La Juez de instancia ha considerado a la vista de las manifestaciones de los testigos y del contenido de la propia escritura pública que la información suministrada a la actora fue correcta, detallada, suficiente y comprensible, y que no ha existido incumplimiento contractual, porque la entidad bancaria cumplió con su obligación de abonar la renta hasta el día 1 de diciembre de 2014, que fue la fecha pactada.

Hemos descartado en el anterior fundamento de derecho que la entidad demandada haya acreditado haber dado cumplimiento a los deberes de información previos a la contratación, a lo que ahora añadimos que no puede entenderse probado que se hubiera pactado una renta temporal en la forma indicada y que la entidad bancaria haya cumplido las obligaciones establecidas en el contrato.

Debemos recordar también que el artículo 6 de la Orden 5 de mayo de 1994, que se refiere al documento contractual y a las cláusulas financieras del contrato dispone que " 1. Las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos hipotecarios sometidos a la presente Orden contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el anexo II de la presente Orden.

12

Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del prestatario, desvirtuar el contenido de aquéllas".



Los elementos esenciales del contrato deben estar incluidos por tanto en la forma indicada en las cláusulas del contrato, sin que resulte admisible la remisión para ello a un Anexo que se adjunta a la escritura, cuya unión acuerda el Notario pero sin haber dado lectura al mismo, como el propio Notario reconoció en el acto del juicio.

En la escritura otorgada no se contiene mención alguna a lo que defiende la parte demandada, que el pago de las rentas se estableció de forma temporal y no vitalicia y hasta el día 1 de diciembre de 2014, que es además lo que ha apreciado la Juez de instancia.

La cláusula primera de ese contrato establece que " *La Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja, como Entidad acreditada, concede a DOÑA Cristina, como acreditada, un crédito hasta el límite de QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL (578.000,00 €) EUROS, por plazo que vencerá el día en que se cumpla un año desde la fecha del fallecimiento del acreditado o, si fuesen varios los acreditados, desde la fecha del fallecimiento del último de los acreditados que sobreviva* ".

A continuación en la estipulación segunda referida a la disposición de los fondos acreditados, después de indicar que el crédito se dispondrá con el límite máximo antes indicado, fija como la primera de esas disposiciones la correspondiente a la cantidad de 10.970,67 € que se abona en cuenta ese día, así como la de 5.780 € correspondiente a la comisión de apertura. Y en su apartado c) indica que " *Los días uno de cada mes, por la cantidad que corresponda en cada fecha conforme al cuadro de disposiciones "Anexo de las disposiciones del crédito Vivienda pensión Bancaja" que los comparecientes me entregan e incorporó a esa matriz (... ..)*".

Se refiere por tanto a un cuadro de disposiciones que se contienen en un Anexo pero sin indicar en ningún momento que el pago de esa renta era temporal y que tenía como límite el del día 1 de diciembre de 2014, no siendo admisible que deba acudir a ese Anexo para conocer esa duración de la prestación, lo que en su caso debió de haberse establecido expresamente en las cláusulas financieras de la propia escritura.

13

No obstante ni siquiera del contenido del Anexo se deduce ese límite temporal que se ha considerado acreditado en la Sentencia de instancia porque, como se defiende en el recurso, se ha confundido el contenido del Anexo de la escritura con el documento número 1 de la contestación a la demanda, que es el documento en el que se plasma la oferta vinculante.

El primero lleva por título " *Anexo de rentas de VPB*", y si bien a continuación se hace mención a "RENTA TEMPORAL", lo único que se indica en el mismo, tras el número del contrato y los datos de la titular, es el detalle de las rentas a percibir mensualmente, con dos apartados diferentes el primero correspondiente a las rentas " *con cargo al crédito hipotecario de Bancaja*" en el que se fijan cinco periodos de los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014 en los que dichas rentas se concretan en 520,13 €, 530,53 €, 541,14 €, 551,96 € y 563 €, respectivamente, sin incluir importe alguno en el apartado " *con cargo al seguro de rentas vitalicias*".

Sería al menos dudoso deducir de estos datos que lo pactado a partir del contenido de ese Anexo fue una renta mensual temporal correspondiente a esos cinco años, pero se incluye una nota al pie del cuadro en la que se indica " *Y así sucesivamente cada año, mientras viva cualquiera de los titulares*", lo que supone que esa renta se seguía devengando hasta el fallecimiento de la única titular del contrato con ese mismo incremento que era de un 2% por anualidad, por lo que del contenido de ese Anexo no puede deducirse que la renta fuera temporal hasta el día 1 de diciembre de 2014.

La representación de la entidad bancaria manifestó que faltaba una hoja en el Anexo y aportó como documento número 1 a la contestación a la demanda un documento que en cuyo encabezamiento se indica " *Oferta de VPS RENTA TEMPORAL*", que se corresponde con la oferta vinculante, que incluye una primera hoja en la que se detallan las características de la operación y en la que expresamente se indica que la fecha fin del cobro de las rentas es la del día 1 de diciembre de 2014, incluyendo la segunda hoja ese detalle de los importe de las rentas a percibir mensualmente con cargo a Bancaja y con la misma nota al pie de página, siendo esto lo que ha tenido en cuenta la Juez de instancia.

Consideramos por el contrario que ese límite temporal en el pago de las rentas debió de haberse fijado en una de las cláusulas del contrato, no siendo admisible que se incluya en

14

un Anexo y desde luego no vincula a las partes que se haya establecido únicamente en la oferta realizada.

Cabe indicar en este sentido que el Registrador de la Propiedad al calificar el documento correspondiente a la escritura pública, tras inscribir el derecho real de hipoteca sobre la finca que hipotecada hace constar en un apartado de observaciones " *No se han transcrito en este registro las formulas por remisión al precedente documento (... ..)*", por lo que el contenido del Anexo no ha tenido acceso a la inscripción efectuada.



Resulta además desproporcionado que se haya concedido un crédito por importe de

578.000 €, que es la cantidad por la que la finca queda hipotecada, por un plazo que vencerá el día en que se cumpla un año desde el fallecimiento de la prestataria, y que después las disposiciones de renta mensual se limiten a cinco años por un importe total de 32.481,12 €, siendo una garantía muy superior a las disposiciones previstas aun cuando se añadan las dos primeras por importes de 10.970,67 € y de 5.780 €.

En la Sentencia de instancia se tiene en cuenta también la propia conducta de la actora por no haber impugnado el contrato suscrito en el año 2014 una vez finalizada la percepción de las rentas, y por haber suscrito un nuevo préstamo hipotecario con la misma entidad, sin que haya planteado la demanda origen de este procedimiento hasta que le fue reclamado el importe de este segundo préstamo en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

Es cierto en este sentido que, como la propia demandante relató en el juicio y explicaron también los empleados de la entidad bancaria, cuando finalizó el pago de las rentas en diciembre de 2014 ella acudió a la entidad bancaria con la pretensión de seguir percibiéndolas, siendo la solución que le dieron la de darle un nuevo préstamo por importe de 16.000 € garantizado con el mismo inmueble, para que tuviera ingresos durante otros dos años y pudiera vender esa propiedad o alguna de las otras de las que era titular.

Esto se formalizó en escritura de crédito con garantía hipotecaria otorgada el día 11 de febrero de 2015 y ante el impago de la prestataria la entidad bancaria planteó demanda de ejecución hipotecaria, que fue seguida con el número 1190/2017, ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Castellón, habiendo dictado Auto en fecha 20 de noviembre de 2017 en el que se acordó despachar la ejecución solicitada por un principal de 17.325,27 €,

15

habiéndose planteado la demanda en el presente procedimiento en el mes de marzo de 2018, todo ello según se acredita con los documentos aportados con esa demanda.

Pero entendemos que en contra de lo que se concluye en la Sentencia de instancia esto no constituyen actos propios inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior, según la doctrina de los actos propios.

La suscripción de esa segunda hipoteca aparece como un intento de solucionar el problema de la falta de liquidez de la demandante mediante un aumento del crédito a lo que debía haber seguido la venta de la finca, según ella, o de otros inmuebles de su propiedad, según los empleados de Bankia, pero al no haber tenido lugar dicha venta esa falta de liquidez dio lugar al impago y a la ejecución de la garantía, no siendo incompatible ese intento de solución mediante la petición de la segunda hipoteca con el planteamiento de la demanda que ha dado lugar al presente procedimiento porque en ningún momento hubo renuncia alguna al ejercicio de esa acción, ni de forma directa ni indirecta, sin que sea incompatible con el otorgamiento de un segundo crédito con garantía hipotecaria.

De cuanto llevamos expuesto resulta que no puede considerarse acreditado que se haya pactado el límite temporal del 1 de diciembre de 2014 para el pago de las rentas mensuales, por lo que el haber dejado de abonar dichas rentas en la indicada fecha supone un incumplimiento del contrato como se defiende por la apelante.

En la demanda se pide que tras apreciar ese incumplimiento se le reconozca un derecho de percibir una renta mensual vitalicia creciente en un dos por ciento anual y acumuladamente la condena a abonar la cantidad correspondiente a esa pensión vitalicia desde el mes de enero de 2015, en que dejó de abonarse, al mes de febrero de 2018 al ser éste el mes anterior a haberse presentado la demanda, todo ello según los cálculos realizados por esa parte que se han acompañado como documento número 14 a la demanda, y de los que resulta que en ese lapso de tiempo las rentas que se dejaron de abonar ascienden a 22.308,40 €, aumentando cada año ese dos por ciento el importe de las rentas mensuales.

16

En el escrito de contestación a la demanda se alega pluspetición y se dice que se impugnan los cálculos efectuados en la demanda, insistiendo en que se trata de una renta temporal y de duración de cinco años, cumpliendo esa parte con no reclamar el saldo deudor hasta transcurrido un año del fallecimiento de la parte demandante. Estos argumentos ya los hemos rechazado sin que se añada ningún otro que permita considerar que existe error alguno en la cuantificación de los daños y perjuicios que se reclaman, no aportando ninguna otra valoración de los mismos, por lo que se fija en la cantidad indicada en la demanda el importe de los daños y perjuicios.



Se interesa también la compensación de ese importe con el adeudado por la demandante con motivo de la segunda hipoteca que ha generado una deuda por un importe de 17.325,27 €, lo que no ha sido objeto de controversia por la parte demandada, por lo que al concurrir los requisitos necesarios para ello, de acuerdo con lo establecido en los artículos

1.195 y siguientes del Código Civil, acordamos dicha compensación en los términos solicitados.

En cuanto a los intereses de esa cantidad de 22.308,40 € se han calculado también en el documento número 14 de la demanda desde que cada pago debió efectuarse con un resultado de 1.578,93 €.

Posteriormente después de interpuesta la demanda se presentó un escrito por la parte demandante desistiendo de dichos intereses solicitando los que se hayan devengado desde al fecha de interposición de la demanda, lo que fue denegado primero por Diligencia de Ordenación de fecha 23 de marzo de 2018 y posteriormente por Decreto de 21 de mayo de 2018 con el argumento de que esto excede de lo que es un desistimiento y supone una modificación del petitum de la demanda.

Después en el acto de la Audiencia Previa se volvió a plantear esta cuestión sin que se haya admitido dicha modificación por considerar ya estaba resuelto.

Entendemos por el contrario que no habiendo dado aun traslado a la parte demandada cuando se solicitó dicha modificación de la petición de intereses la misma se debió de haber admitido.

17

Consideramos además que procede la imposición de intereses desde la fecha de presentación de la demanda, que es cuando se puede considerar que se ha incurrido en mora, a partir de reclamar este importe, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1.100,

1.101 y 1.108 del Código Civil.

Procede por todo ello y en consecuencia la estimación del recurso de apelación interpuesto.

QUINTO.- Costas de la instancia.

En cuanto a las costas de la instancia se imponen a la parte demandada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 394-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimar la demanda al menos sustancialmente en sus aspectos básicos, ya que según hemos expuesto se ha modificado lo solicitado en el suplico de la demanda en cuestiones o declaraciones accesorias, siendo lo fundamental que se ha declarado el incumplimiento de la demandada, se ha acordado el cumplimiento del contrato en los importes solicitados y la condena a abonar la cantidad interesada en concepto de daños y perjuicios.

SEXTO.- Costas de la alzada.

Respecto a las costas de la alzada no se efectúa expresa imposición de acuerdo con lo establecido en el artículo 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al haber estimado el recurso de apelación.

Por otro lado, deberá procederse a la devolución del depósito constituido para recurrir conforme lo previsto en el ap. 8 de la Disp. Ad. Decimoquinta de la LOPJ.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **estimando** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de

18

Cristina , contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Castelló en fecha diecisiete de junio de dos mil diecinueve, en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 268 de 2018, **revocamos la resolución recurrida que se deja sin efecto y estimando la demanda efectuamos los siguientes pronunciamientos:**

1) Declaramos que Bankia S.A. ha incumplido el contrato suscrito en fecha 18 de diciembre de 2009, de hipoteca inversa al haber dejado de abonar las rentas mensuales vitalicias desde el día 1 de enero de 2015.

2) Estimamos la acción de cumplimiento del contrato y condenamos a Bankia

S.A. al pago a Doña Cristina de una renta mensual vitalicia, creciente en un dos por ciento anual, cuyo importe será acreditado el primer día de cada mes en la cuenta bancaria que responde a la siguiente numeración: NUM000 . En el año 2018 dicha renta ascendió a seiscientos nueve euros y cuarenta y un céntimos (609,41



€), importe que se incrementará en el mismo porcentaje y en las sucesivas anualidades, desde el mes de marzo de 2018.

3) Se estima también la acción acumulada de reclamación de daños y perjuicios, condenando a Bankia S.A. a abonar a la actora la cantidad de 22.308,40 €, más intereses legales desde el día 1 de marzo de 2018, fecha de presentación de la demanda, intereses que desde el día de la presente resolución se incrementan en dos puntos.

4) El importe líquido correspondiente a la cantidad antes indicada se compensará con la cantidad de 17.325,27 €, que Bankia S.A. ha liquidado con causa en el contrato de crédito con garantía hipotecaria suscrito por las mismas partes en fecha 11 de febrero de 2015.

5) Las costas de la instancia se imponen a la parte demandada y no se efectúa expresa imposición de costas de la alzada.

Devuélvase a la parte recurrente la cantidad consignada como depósito para recurrir al estimar el recurso de apelación.

19

Contra esta Sentencia puede interponerse dentro del plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente a su notificación, recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala civil del Tribunal Supremo, con arreglo a lo preceptuado en la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por los motivos del artículo 469 LEC, así como en el mismo plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente a su notificación recurso de casación por interés casacional, con arreglo a las normas del artículo 477.1, 477.2.3º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese la presente Sentencia y remítase testimonio de la misma junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

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

20