ADMINISTRACION DE JUSTICIA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 BADAJOZ

SENTENCIA: 00744/2019

Modelo: N10250
AVDA. COLÓN Nº 8,2ª PLANTA

-

Teléfono: 924284238-924284241 **Fax:** FAX 924284275
Correo electrónico:

Equipo/usuario: 03

N.I.G. 06083 41 1 2017 0002562
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000353 /2019
Juzgado de procedencia: JDO.1ªINSTANCIA E INSTR.N.2-BIS de MERIDA
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000525 /2017

Recurrente: FRANCISCO FEIJOO MENDOZA, CONSUELO MORA ALISEDA
Procurador: JUAN CARLOS BUSTILLO BUSALACCHI, JUAN CARLOS BUSTILLO BUSALACCHI
Abogado: ALEJANDRO MARIA LOPEZ BORRELL, ALEJANDRO MARIA LOPEZ BORRELL
Recurrido: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA
Procurador: MERCEDES ANA LANDIN IRIBARREN
Abogado: IRENE FORTEA GORDO

SENTENCIA Nº744/2019

ILMOS. SRES……/
PRESIDENTE:
DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (PONENTE)
MAGISTRADOS:
DON ISIDORO SÁNCHEZ UGENA
DON FERNANDO PAUMARD COLLADO
==========
Recurso civil número 353/2019.

Procedimiento ordinario 525/2017.
Juzgado de 1ª Instancia número 2-BIS de Mérida.
==========

Firmado por: LUIS R. HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA
24/10/2019 14:21
Minerva

Firmado por: FERNANDO PAUMARD COLLADO
24/10/2019 14:27
Minerva

Firmado por: ISIDORO SANCHEZ UGENA
28/10/2019 11:11
Minerva

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:oTpz-RKji-gQXu-uWDw-Q Puede verificar este documento en https://www.administracondejusticia.gob.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

En la ciudad de Badajoz, a veintitrés de octubre de dos mil diecinueve.

Visto en grado de apelación ante esta sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, el presente recurso civil dimanante del procedimiento ordinario 525/2017 del Juzgado de Primera Instancia número 2-BIS de Mérida, siendo parte apelante, don Francisco Feijoo Mendoza y doña Consuelo Mora Aliseda, representados por el procurador don Juan Carlos Bustillo y defendidos por el letrado don Alejandro López Borrell ; y parte apelada, "Banco Popular Español, SA" (hoy "Banco Santander, SA"), que ha comparecido representada por la procuradora doña Mercedes Landín Iribarren y defendida por la letrada doña Irene Fortea Gordo.

A N T E C E D E N T E S D E H E C H O

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia número 2-BIS de Mérida, con fecha 30 de octubre de 2018, dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice así:

<< DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Procurador Sr./Sra. Bustillo Busalacchi, actuando en nombre y representación de Dña. Consuelo Mora Aliseda y D. Francisco Feijoo Mendoza, frente a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., declarando las costas de oficio >>.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

SEGUNDO. Contra la expresada resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de don Francisco Feijoo Mendoza y doña Consuelo Mora Aliseda.

TERCERO. Admitido el recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable.

CUARTO. Una vez formulada oposición por "Banco Popular Español, SA", se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes; donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia, señalándose para deliberación y fallo el día 16 de octubre de 2019, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha sido ponente el magistrado don Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona.

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

PRIMERO. Resumen de los hechos relevantes.

Como se desprende de las actuaciones y de la sentencia de instancia, constan sucintamente los siguientes:

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

a) Don Francisco Feijoo Mendoza y doña Consuelo Mora Aliseda, con fecha 13 de agosto de 2009, suscribieron con "Banco Popular Español, SA" un préstamo hipotecario a interés variable. En dicho préstamo, se establecía lo siguiente: *<<No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,000 por ciento>>.*

b) El 30 de julio de 2015, por pago, fue cancelado el préstamo hipotecario.

c) El 17 de julio de 2017 don Francisco Feijoo Mendoza y doña Consuelo Mora Aliseda interpusieron demanda contra "Banco Popular Español, SA" reclamando la nulidad de la cláusula suelo y la devolución de las cantidades cobradas demás.

d) El Juzgado de Primera Instancia número 2-BIS de Mérida ha desestimado la demanda por falta de legitimación.

SEGUNDO. Primer motivo del recurso: infracción de precepto sustantivo.

Don Francisco Feijoo Mendoza y doña Consuelo Mora Aliseda piden la revocación de la sentencia de instancia para que, en su lugar, se dicte otra resolución que estime íntegramente la demanda. En primer lugar, defienden que, desde la cancelación del contrato, tenían cuatro años para pedir la nulidad. Invocan el artículo 1301 del Código civil. Recuerdan también que, según la jurisprudencia mayoritaria, la acción de nulidad es imprescriptible.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Al motivo se opone "Banco Popular Español, SA". Recuerda que el préstamo hipotecario estaba extinguido al tiempo de presentación de la demanda, pues se había amortizado anticipadamente por los prestatarios. Argumenta que, al haber expirado el contrato, ya ha desplegado toda su eficacia económico-jurídica, por lo que el principio de seguridad jurídica impide que se pueda solicitar la nulidad de un contrato plenamente desarrollado y terminado. Argumenta que lo que ya no produce efectos no puede declararse nulo.

Este motivo debe prosperar.

Ciertamente, esta Audiencia Provincial había venido sosteniendo el criterio de que, una vez devueltos los préstamos y cumplidas así las obligaciones contraídas, decaían los derechos de los prestatarios. Ahora bien, dicho criterio ha sido abandonado por esta Sala desde la sentencia 71/2019, de 8 de febrero.

Entendemos, en línea con la doctrina mayoritaria del resto de Audiencias, que el completo cumplimiento de las obligaciones contractuales no extingue las relaciones jurídicas derivadas del contrato. Los derechos se conservan y la facultad de ejercer acciones es posible en tanto no caducan o prescriben.

En la medida en que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho, la acción declarativa de nulidad es imprescriptible. Así lo tiene dicho el Tribunal Supremo (entre otras, sentencias 178/2013, de 25 de marzo; de 19 de noviembre de 2015 y de de 6 de octubre de 2016).

Cosa distinta son las consecuencias o efectos de la nulidad. La acción de nulidad es meramente declarativa de una situación que, en principio, ni siquiera precisaría de un pronunciamiento judicial. Por eso es imprescriptible. Por el contrario, todas las pretensiones de condena se ven afectadas por la prescripción. Sí, conforme a los artículos 1930 y 1961 del Código Civil, las acciones prescriben cualquiera que sea su naturaleza, por el paso del tiempo fijado en la ley. Este distinto tratamiento es por las diferentes circunstancias que rodean a las acciones de nulidad, por un lado, y a las restitutorias, por otro. El negocio jurídico inexistente o el acto nulo de pleno derecho se puede hacer valer en cualquier momento, de modo que no emergen ni se convalidan por el mero transcurso del tiempo. Por el contrario, si el acto nulo ha agotado todos sus efectos y estos son conocidos por el titular de la acción, razones de seguridad jurídica y de presunción de abandono avalan que la acción para hacer desaparecer esos efectos tenga un plazo. Así lo tiene dicho del Tribunal Supremo desde su lejana sentencia de 27 de febrero de 1964. En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción restitutoria, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2013 se inclina por aplicar el artículo 1964 del Código Civil –si bien para un supuesto de nulidad absoluta por simulación-.

En consecuencia, don Francisco Feijoo Mendoza y doña Consuelo Mora Aliseda sí tienen acción por más que hayan devuelto el préstamo. Esta circunstancia, el pago, no justifica la aplicación de la doctrina de los actos propios. Es verdad que, conforme al artículo 7 del Código Civil, nadie puede ir contra sus propios actos. Cuando en determinada relación jurídica uno de los sujetos actúa de manera que produce en el otro una fundada confianza de que, por la significación de su conducta, en el futuro se comportará

coherentemente, la buena fe actúa como límite del derecho subjetivo. Como enseña la sentencia del Tribunal Supremo 530/2016, de 13 de septiembre, este principio marca un límite al ejercicio de los derechos subjetivos y es que, en el comportamiento jurídico, ha de obrarse con buena fe. Existe un deber de coherencia en el tráfico para así no defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás. En consecuencia, actos propios son los que vinculan y configuran de modo inalterable la situación jurídica de su autor. Y también lo son los que crean, modifican, definen, fijan, extinguen o esclarecen sin duda alguna una situación.

Ahora bien, como recuerdan entre otras muchas las sentencias del Tribunal Supremo 514/2019, de 19 de febrero y 260/2018, de 26 de abril, esos actos solo vinculan a su autor cuando son inequívocos y definitivos. No es desde luego el caso.

No podemos admitir que, en el marco de un contrato, el hecho de cumplir las obligaciones propias se erija en impedimento para reclamar el cumplimiento de las ajenas. No hay acto propio, ante todo, en el hecho de que el prestatario abonara el préstamo. Esta circunstancia, por sí sola, no permite ni mucho menos aplicar la doctrina de los actos propios. No puede incurrir en pérdida de derechos quien cumple con sus obligaciones. No se puede hacer de mejor condición legal al cumplidor que al incumplidor o moroso, sería absurdo. El atender y cancelar el préstamo y, después, exigir la nulidad de una cláusula y el reintegro de lo abonado indebidamente no es una actuación incompatible y tampoco contraviene la buena fe.

TERCERO. Decisión sobre el fondo del asunto.

La demanda debe prosperar.

Es verdad que, por naturaleza, no son abusivas las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios. Pero la validez de estas cláusulas se condiciona a la transparencia y claridad en la información facilitada a los consumidores, suficiente para que éstos identifiquen qué define el objeto principal del contrato (qué es relevante) y les permita conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos de interés. El Tribunal Supremo valida el mantenimiento de las cláusulas suelo en las hipotecas, exigiendo, eso sí, el estricto cumplimiento de la normativa informativa a que están obligados los bancos y a la que poco caso venían haciendo hasta la fecha.

Aquí, sin embargo, "Banco Popular Español, SA" no ha demostrado el cumplimiento de sus deberes de transparencia. Nada se sabe de la existencia de información previa. Por citar una de las más recientes, sacamos a colación la sentencia del Tribunal Supremo 528/2019, de 8 de octubre, que entre otras coas dice así:

<<Pero, sobre todo, no consta la existencia de una información previa. Tanto la jurisprudencia comunitaria, como la de esta sala, han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb, declara al referirse al control de transparencia: "44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor

disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información". Doctrina reiterada por el TJUE en las sentencias de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei, párrafo 75; 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove , párrafo 47; y 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 , caso Gutiérrez Naranjo . Como hemos dicho en la sentencia 170/2018, de 23 de marzo, la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. En el presente caso, la sentencia recurrida no ha tomado en consideración este criterio, pues no ha dado trascendencia a que no se hubiera proporcionado a la demandante, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la cláusula suelo, de modo que pudiera conocer su existencia y trascendencia y comparar distintas ofertas>>.

En fin, no podemos decir que la cláusula litigiosa haya superado el control de transparencia, de modo que debemos declarar su nulidad y ordenar la restitución de las cantidades cobradas indebidamente. Y por lo demás, en cuanto al hecho de que fuera una subrogación, tal circunstancia no eximía a la entidad financiera de prestar la información necesaria. El deber de transparencia alcanza a la entidad bancaria, aunque se haya operado la subrogación por parte del cliente en el préstamo otorgado inicialmente al promotor (sentencias del Tribunal Supremo 93/2019, de 14 de febrero; 517/2018, de 20 de septiembre y 38/2018, de 24 de enero).

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

CUARTO. Costas y depósito.

Estimado el recurso, no se hace especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada (artículo 398.2 de la de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, declaramos la pérdida del depósito constituido para recurrir.

En cuanto a las costas de primera instancia, las imponemos a "Banco Popular Español, SA". Reconocemos que el asunto presentaba dudas jurídicas en orden a la falta o no de acción. Pero el Tribunal Supremo tiene dicho que, cuando se trata de cláusulas abusivas, en los casos de vencimiento total, deben imponerse las costas (sentencia 419/2017, de 4 de julio; 624/2018, de 8 de noviembre, 699/2018, de 12 de diciembre y 711/2018, de 18 de diciembre). Se considera que, en estos asuntos, en virtud de los principios de efectividad y de no vinculación de las cláusulas abusivas, la condena en costas debe ser un efecto más de la nulidad de la cláusula suelo.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente:

F A L L O

Primero. Estimamos el recurso de apelación interpuesto por don Francisco Feijoo Mendoza y doña Consuelo Mora Aliseda contra la sentencia de 30 de octubre de 2018 dictada en los

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

autos 525/2017 por el Juzgado de Primera Instancia número 2-BIS de Mérida y, en consecuencia, revocamos dicha resolución.

Segundo. Estimamos la demanda planteada por don Francisco Feijoo Mendoza y doña Consuelo Mora Aliseda y declaramos la nulidad de la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario de 13 de agosto de 2009.

Tercero. Condenamos a "Banco Popular Español, SA" a restituir las cantidades abonadas por los actores como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula, así como los intereses legales desde la fecha de cada cobro.

Cuarto. Las costas de primera instancia se imponen a "Banco Popular Español, SA", no se hace especial imposición de las costas de esta alzada y acordamos la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y, con certificación literal a expedir por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Solo se admitirán los recursos extraordinarios de casación por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la disposición Final 16ª de la LEC) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que conocerá la Sala de

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

lo civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, la admisión a trámite del recurso precisará ingresar la cantidad de cincuenta euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal.

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.