



Roj: **SAP BU 374/2015 - ECLI: ES:APBU:2015:374**

Id Cendoj: **09059370032015100093**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **13/05/2015**

Nº de Recurso: **112/2015**

Nº de Resolución: **139/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO SANCHO FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**BURGOS**

SENTENCIA: 00139/2015

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE**

**BURGOS**

**Sección 003**

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

Modelo : 001370

N.I.G.: 09059 42 1 2014 0005543

**ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000112 /2015**

Juzgado procedencia : JDO. MERC. 1 (ANT.1A.INSTANCIA 4) de BURGOS

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000291 /2014

RECURRENTE: BANKIA CAJA DE AHORROS Y MONTE DE SEG

Procurador: RICARDO DE LA SANTA MARQUEZ

Letrada: MARIA JOSÉ COSMEA RODRIGUEZ

RECURRIDA: Luisa

Procuradora: MARIA TERESA PORRO ARAICO

Letrado: JESUS ANGEL SAEZ REDONDO

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, **D. JUAN SANCHO FRAILE** , Presidente, **D. ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA** y **Dª MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR** , ha dictado la siguiente.

**SENTENCIA Nº 139.**

En Burgos, a trece de mayo de dos mil quince.

**VISTOS** , por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala número 112 de 2.015, dimanante del Procedimiento Ordinario nº 291/14, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos, en recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de fecha 14 de enero de 2105, en el que han sido partes, en esta segunda instancia, como demandante-apelada, **Dª Luisa** , representada por la Procuradora **Dª María**



Teresa Porro Araico y defendida por el Letrado D. Jesús Ángel Sáez Redondo; y, como demandada-apelante, la mercantil "**BANKIA, S.A.**", representada por el Procurador D. Ricardo de la Santa Márquez y defendida por la Letrada D<sup>a</sup> María José Cosmea Rodríguez. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN SANCHO FRAILE, que expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.- Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente Fallo: "Que debo estimar y estimo la demanda presentada por la Procuradora Dña. Mayte Porro Araico contra BANKIA, representado por el Procurador de los Tribunales D. Ricardo de la Santa Márquez y condeno a BANKIA, a restituir a la demandante las cantidades cobradas indebidamente, así como a abonar los intereses correspondientes desde cada fecha del indevido cobro, y se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento"
- 2.- Seguidamente y una vez notificada la anterior sentencia, por la representación de la demandante se presentó escrito solicitando Aclaración de la Sentencia, en base a las alegaciones contenidas en el mismo, dictándose Auto Aclaratorio, en fecha 28 de enero de 2.015, cuya Parte Dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimar la petición formulada por la representación procesal de la parte actora de aclarar la parte dispositiva de la Sentencia n° 11/15 en lo concerniente al pronunciamiento relativo a la declaración de nulidad de la cláusula impugnada, dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica con la parte en negrita que se transcribe a continuación: "Que debo estimar y estimo la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Mayte Porro Araico contra BANKIA, representado por el Procurador de los Tribunales D. Ricardo de la Santa Márquez y **declaro la nulidad de la cláusula relativa al tipo de interés mínimo contenido en la escritura de préstamo hipotecario, manteniendo la vigencia del resto del contrato y como consecuencia de ello**, condeno a BANKIA a restituir a la demandante las cantidades cobradas indebidamente, así como a abonar los intereses correspondiente desde cada fecha del indevido cobro y se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento".
- 3.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de la mercantil demandada se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a la parte contraria, para que en el término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, lo verificó en tiempo y forma, oponiéndose al recurso mediante el correspondiente escrito que consta en las actuaciones; acordándose por el Juzgado la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.
- 4.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 12 de mayo de 2.015, en que tuvo lugar.
- 5.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero** .- Por la representación de Bankia, S.A. se apela la sentencia de instancia, pretendiendo en esta alzada su revocación en el sentido de decretar la irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, con expresa imposición de costas.

La parte apelante delimita el objeto de este recurso únicamente a los efectos mencionados, la condena a la entidad demandada a la devolución de cantidad alguna a la parte actora, al amparo de la STS de 13 de mayo de 2.013 .

**Segundo**.- Este Tribunal ha mantenido el criterio de atribuir eficacia retroactiva plena a la declaración de nulidad, a los efectos restitutorios, básicamente, conforme al artículo 1.303 del Código Civil .

Sin embargo, ha sobrevenido una circunstancia jurídicamente relevante, como ha sido la Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de fecha 25 de marzo de 2.015, n° 139/2015 , en cuya parte dispositiva, apartado 3, fija la doctrina siguiente: "*Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la Sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2.013 , ratificada por la de 16 de julio de 2.014, Rc. 1217/2013 , y la de 24 de marzo de 2.015, Rc. 1765/2013 , se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2.013 "* .

Esta sentencia parte de la argumentación expresada en la STS de 9 de mayo de 2.013 y la conclusión contenida en el párrafo 294 cuando declara la irretroactividad de la misma, de tal forma que la nulidad de las cláusulas



no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia mencionada.

La STS de 25 de marzo de 2.015 concluye, por su parte, que *" a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia.*

*Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2.013 , reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada" .*

Apreciada la abusividad de la cláusula litigiosa, procede aplicar la doctrina jurisprudencial expuesta al supuesto procesal, limitando la retroactividad de los efectos restitutorios a la fecha mencionada.

**Tercero.-** Al estimarse el recurso de apelación en este aspecto, no se hace especial imposición de las costas procesales causadas en esta alzada, conforme al artículo 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; como tampoco las de primera instancia, al estimarse parcialmente la demanda, a tenor de lo dispuesto por el artículo 394-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

## FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación, y con revocación parcial de la sentencia de primera instancia, se estima parcialmente la demanda, limitándose la restitución de las cantidades, como cobradas indebidamente, a partir del día 9 de mayo de 2.013; confirmándose, en todo lo demás, la sentencia recurrida, no afectada por este pronunciamiento, sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de apelación, notificándose en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.