



Roj: **SAP BU 718/2016 - ECLI:ES:APBU:2016:718**

Id Cendoj: **09059370032016100266**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **17/11/2016**

Nº de Recurso: **345/2016**

Nº de Resolución: **394/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE IGNACIO MELGOSA CAMARERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00394/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950 Fax : 947259952

N.I.G.: 09059 42 1 2015 0007678

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000345 /2016

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

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000817 /2015

RECURRENTE : BANKIA SA

Procurador/a : JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS

Abogado/a : MARIA JOSÉ COSMEA RODRIGUEZ

RECURRIDO/A : Joaquín

Procurador/a : MARIA TERESA PORRO ARAICO

Abogado/a : JESUS ANGEL SAEZ REDONDO

La Sección Tercera de la Audiencia provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **don Ildefonso Barcala Fernández de Palencia** , Presidente, **doña María Esther Villímar San Salvador** , y **don José Ignacio Melgosa Camarero** ha dictado la siguiente.

SENTENCIA Nº. 394

En Burgos, a diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis.

VISTO Por esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala núm. 345/2016, dimanante del Juicio Ordinario 817/2015, procedentes del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos, sobre nulidad cláusula contractual, en recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de fecha 20 de junio de 2016 , en los que aparece como parte apelante, **BANKIA SA** , representada por el Procurador de los tribunales, don Joaquín María Jañez Ramos, asistida por la Abogada doña María José Cosmea Rodríguez; y, como parte apelada, **Joaquín** , representado por la Procuradora de los tribunales, doña María Teresa Porro Araico, asistido



por el Abogado don Jesús Angel Sáez Redondo, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don José Ignacio Melgosa Camarero, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: "Que debo estimar y estimo la demanda presentada por la Procuradora Doña Mayte Porro Araico contra Bankia, representado por el Procurador de los Tribunales don Ricardo de la Sata Márquez y condeno a Bankia a restituir al demandante las cantidades cobradas indebidamente desde la fecha de celebración del contrato, así como a abonar los intereses legales correspondientes, y se condena a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.

2º: Notificada la anterior resolución a las partes por la representación de Bankia S.A., se presentó escrito interponiendo recurso de apelación. Y dado traslado a la otra parte, presentó escrito de oposición a dicho recurso dentro del plazo que le fue concedido, 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.

3º: Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 15 de noviembre de 2016 en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la representación procesal de "Bankia, SA" - en su condición de sucesora de "Caja de Ahorros de la Rioja - se interpone recurso de apelación contra la Sentencia dictada en fecha 20 de junio de 2016 por el juzgado mercantil en autos de juicio ordinario en el que se estima íntegramente la demanda formulada contra tal entidad financiera por don Joaquín y condena a tal demandada a restituir al actor todas las cantidades cobradas indebidamente desde la fecha de celebración del contrato, así como a abonar los intereses legales correspondientes, y al pago de las costas; condena que tiene como antecedente el Auto de allanamiento fechado el 11 de noviembre de 2015 por el que se anula la cláusula de limitación del interés variable ("cláusula suelo") pactado en la escritura de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario y modificación de condiciones otorgada por "Caja de Ahorros de la Rioja" - de la que es sucesora "Bankia, SA".

Solicita la parte apelante en su recurso de apelación que la condena la devolución de los intereses cobrados indebidamente de más por aplicación de la cláusula suelo se aplique desde la fecha de la Sentencia de la Sala Civil del **Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo , y no desde la fecha del contrato** como se acuerda en sentencia, y que suponiendo ello una estimación parcial de la demanda no se impongan las costas generadas en la primera instancia, pretensión que funda en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y esta Audiencia sobre limitación de los efectos de la anulación de las cláusulas que limitan el interés variable a la fecha de la referida Sentencia del Tribunal Supremo.

El demandante apelado se opone al recurso, solicitando su desestimación con confirmación de la sentencia de instancia e imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante, y ello por estimar, tal como hace la sentencia de instancia, que estamos ante un supuesto de falta de transparencia formal o documental que impide que la cláusula litigiosa se tenga por incorporada al contrato, siendo por ello nula de pleno derecho desde el origen del contrato, dado que la parte prestamista no tuvo la oportunidad de dar su aceptación o consentimiento a la misma.

SEGUNDO.- Siguiendo el criterio sentado por este tribunal en otras sentencias sobre casos idénticos el recurso de apelación debe ser desestimado con confirmación de la sentencia dictada en la instancia.

Y en efecto, tal como señala la sentencia de instancia, a cuyos fundamentos nos remitimos, en el presente caso no es de aplicación la doctrina de la transparencia material o real que es la aplica el Tribunal Supremo en la Sentencia nº 241/2013, de 9 de mayo , y que se refiere básicamente a las cláusulas contractuales no negociadas individualmente insertas en un contrato celebrado de préstamo entre un profesional predisponente y un **consumidor** o usuario adherente en el que se estipula la limitación del interés variable remuneratorio fijando un tipo mínimo (la llamada "cláusula suelo"), las cuales pese a estar incorporadas documentalmente al contrato, con letra legible y una redacción clara y precisa, - requisitos de la transparencia formal o documental -, no pueden considerarse transparentes desde una perspectiva material o real, lo cual sucede cuando el prestatario no conoce el coste material y jurídico que implica la inserción de tal cláusula en el contrato, pero en el caso enjuiciado la anulación de tal cláusula, pretensión a la cual se allanó la entidad financiera demandada, viene motivada por la ausencia de transparencia formal o documental que impide tenerla por incorporada



al contrato y ello en los términos del art. 80-1 a) y b) del Texto Refundido de la Ley General de Defensa **Consumidores** y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 y en el especial de los artículos 7 y 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación aprobada por Ley 7/1998, y en los cuales se señala que no se tendrán por incorporados al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido la oportunidad de conocer de manera completa y al tiempo de la celebración del contrato o cuando hayan sido firmadas, y que como tales deben estar incorporadas al contrato firmado o un ejemplar que debe facilitarse al adherente cuando se firma el contrato; siendo el caso cuyo enjuiciamiento nos ocupa que la escritura pública de compraventa, con subrogación y modificación de condiciones de préstamo otorgada el 13 de enero de 2004 no contiene ninguna referencia expresa a la cláusula de limitación del interés variable que posteriormente aplicó la entidad prestamista aquí demandada y apelante, y en tal sentido en la cláusula cuarta se acepta la subrogación en el préstamo hipotecario y se pactan las siguientes condiciones: tipo de interés para el primer año 2,75% anual, plazo de amortización 28 años a contar desde el día de la fecha de firma, tipo de interés para los años sucesivos, Euribor más 0,75 puntos, con una bonificación de 0,10 puntos , siempre que la parte prestataria tenga domiciliada en la Caja la nómina o pensión en caso de ser el prestatario trabajador por cuenta ajena o pensionista. No se establece en la citada cláusula ni en ninguna otra un interés mínimo, y si bien es cierto que el prestatario hoy demandante se subrogó en un préstamo hipotecario anterior, modificando sus condiciones, pero no consta que en el mismo se hubiera pactado un interés mínimo, ni mucho menos que se diera copia de la anterior escritura de préstamo al nuevo prestatario y se le informase de la existencia de tal interés mínimo, y en todo caso al modificarse las condiciones del préstamo hipotecario y estipularse un interés variable a partir del segundo año de vigencia del contrato del Euribor más 0,75 puntos, con una bonificación de 0,10 puntos en el caso que el prestatario tengan domiciliada la nómina o pensión, debe entenderse que no se ha pactado interés mínimo, pues de existir tal pacto debería haber quedado incorporado al contrato.

En conclusión debe establecerse que no se ha incorporado al contrato una cláusula de limitación del interés variable fijando un interés mínimo, y que por ello tal cláusula aplicada por la prestamista sin respaldo contractual debe entenderse como no pactada o no puesta, es decir inexistente, y por tanto no aceptada por el prestamista, que al no conocerla no pudo dar su consentimiento a la misma, y no puede quedar vinculado por tal cláusula, con la consecuencia que la cláusula aplicada por la demandada pese a no estar incorporada al contrato es nula de pleno de derecho desde su origen, es decir desde que tuvo su aplicación en el contrato, debiendo surgir plenamente las consecuencias jurídicas de la anulación previstas por el art. 1.303 del CC , y en concreto la devolución al prestatario demandante por la entidad financiera prestamista demandada de todos los interés cobrados de más indebidamente desde la fecha en que fue aplicada al contrato, lo cual a su vez conlleva la estimación íntegra de la demanda rectora y la imposición de las costas procesales de la primera instancia a la parte demandada que ha sido vencida en juicio (art. 394-1 de la LEC).

TERCERO.- La desestimación del presente recurso de apelación conlleva la imposición de las costas procesales generadas en esta alzada a la parte apelante (art. 398-1 de la LEC)

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

En nombre de S. M. el Rey de España, administrando la justicia que emana del pueblo español y ejercitando la potestad jurisdiccional que la Constitución y las leyes confiere a este tribunal

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de "BANKIA, SA" contar la Sentencia nº 235/16, de 20 de junio dictada en Autos de Juicio Ordinario nº 817/15 del Juzgado Mercantil de Burgos promovidos por la representación procesal de don Joaquín como demandante contra la referida entidad bancaria como demandada y, en su consecuencia, confirmar todos los pronunciamientos del fallo de tal Sentencia, imponiendo las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.

La desestimación del presente recurso de apelación conlleva la pérdida por la apelante del depósito para recurrir previsto en la disposición adicional 15ª de la L.O.P.J .-

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, **no** tificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.