

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
MURCIA**

SENTENCIA: [REDACTED]

[REDACTED]
SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, N° 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 Fax: 968 229278

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGG

[REDACTED]
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000220 /2020

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.11 (BIS) de MURCIA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Recurrente [REDACTED]

Procurador: ROCIO BERNAL BARNUEVO, ROCIO BERNAL BARNUEVO

Abogado: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA, BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

Recurrido: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA

Procurador: [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

ILMOS. SRES.

Don Carlos Moreno Millán

PRESIDENTE

Don Rafael Fuentes Devesa

Don Rafael Ruiz Giménez

MAGISTRADOS

SENTENCIA NUM. [REDACTED]

En la ciudad de Murcia, a 20/05/2021.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, integrada por los Iltmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario n° [REDACTED]-Rollo n° [REDACTED], que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia n°. 11 BIS de

Murcia, entre las partes: como parte demandante, [REDACTED]
[REDACTED] ntados
por el/la Procurador/a de los Tribunales D./D^a. Rocío Bernal
Barnuevo y asistido/a por el/la Letrado/a Sr./Sra. Giménez
Ibarra y demandada, la mercantil BBVA, S.A., representado/a
por el/la Procurador/a de los Tribunales [REDACTED]
[REDACTED] y asistido/a por el/la
Letrado/a [REDACTED]. En esta alzada actúa como
apelante la demandante y como apelada la demandada; siendo
Ponente el Iltmo. Sr. Don Rafael Ruiz Giménez, que expresa la
convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 bis de
Murcia en los referidos autos se dictó Sentencia 16/09/2019,
cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*"Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA formulada por el
Procurador indicado, en la representación que ostenta, DEBO
DECLARAR Y DECLARO NULA POR ABUSIVA LA CLÁUSULA RELATIVA AL
TIPO DE INTERES VARIABLE DE LA ESCRITURA DE PRESTAMO
HIPOTECARIO DE 29 DE OCTUBRE DE 2002.*

Sin expresa condena en costas".

Segundo: Contra dicha Sentencia, se interpuso recurso de
apelación por la representación procesal de la demandante en
el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que
estimó de aplicación, terminó suplicando que: "dicte
resolución por la que estime el presente Recurso de Apelación
en el sentido de estimar íntegramente nuestra demanda, con

expresa condena en costas de la primera instancia para la parte contraria".

Admitido a trámite por Diligencia de Ordenación de 09/12/2019, se dio traslado a la demandada, emplazándola por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable. La demandada presentó escrito de oposición, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que se *"dicte resolución por la que, desestime el recurso de apelación interpuesto en los términos aquí expuestos, con expresa imposición en costas a la apelante, todo ello en virtud del art. 398.1 LEC"*.

Previo emplazamiento de las partes para comparecer ante esta Audiencia Provincial, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día 19/05/2021 su votación y fallo.

Tercero: En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Frente a la Sentencia que estima parcialmente la demanda formulada la demandada ahora apelante alega, como motivo único, *"DE LA INEXISTENCIA DE PRESCRIPCIÓN: LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE PRESTACIONES DEL ARTÍCULO 1.303 DEL CÓDIGO CIVIL (EN ADELANTE, CC) ES UNA CONSECUENCIA "EX LEGE" DERIVADA DE LA INEFICACIA DE LA "CLÁUSULA SUELO"*.

Se expone, en síntesis, *"la acción planteada en la demanda es la acción de nulidad de condiciones generales de la*



contratación (en concreto, la acción de nulidad de la "cláusula suelo" existente en la Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 29 de octubre de 2002, vid. Documento nº 2 de nuestra demanda), y consiguiente acción de restitución de prestaciones en base al **artículo 1.303 del CC**; es decir, en ningún momento se planteó la acción de reclamación de cantidad que manifiesta el Juzgador de Instancia en la Sentencia objeto del presente Recurso. Recordemos que no estamos ante un procedimiento donde se ejercite una acción de nulidad de cláusula de gastos y una acción de reclamación de cantidad". Insiste en que no es de aplicación el art. 1964 C.C. sino el art. 1303 C.C.

Frente a tal pretensión el banco demandado arguye, en síntesis, que se han ejercitado dos acciones, la de nulidad del clausulado y la acción de restitución de cantidades que tienen un régimen jurídico diferenciado pues, a diferencia de la primera, la segunda está sometida a un plazo de prescripción.

Segundo: Procede estimar el recurso de apelación interpuesto pues la acción de reclamación dineraria ejercitada, consiste en una petición de restitución de las cantidades indebidamente cobradas por el banco en aplicación de la cláusula suelo. Acción de distinta naturaleza jurídica a la que se actúa cuando se pide una condena dineraria consistente en una petición de indemnización por razón de las cantidades pagadas a terceros (v.gr. notario, registrador, gestoría, tasadora) en aplicación de la cláusula de gastos. La postura que defiende el BBVA es la que resultaría de aplicación en este segundo caso. Pero nos hallamos ante el primer supuesto. Y la procedencia de la devolución de cantidades indebidamente cobradas por el banco, es una



consecuencia "ex lege" (art. 1303 del Código Civil) de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, que es imprescriptible.

Así lo ha dicho esta Sección 4ª en otras ocasiones, v.gr. en sentencia de 04-10-2018, nº 620/2018, rec. 833/2018: "Se desestima el motivo de error en la valoración de la prueba e infracción del principio de seguridad jurídica, aceptándose lo razonado en instancia sobre la falta de acción alegada por la entidad demandada, pues, en efecto, la nulidad de la cláusula suelo por falta del requisito de transparencia, a tenor de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013, constituye un supuesto de nulidad absoluta y radical, siendo en este caso imprescriptible la acción, de ahí que no obste al ejercicio de ésta, el hecho de que el préstamo estuviera cancelado desde el año 2014, es decir, con anterioridad a la presentación de la demanda!

En este sentido, compartimos la clara argumentación dada por la AP Alicante, sec. 8ª, en el fundamento de derecho cuarto de su Sentencia de 18-06-2019, nº 786/2019, rec. 925/2018, ante un supuesto, idéntico, de petición de declaración de nulidad de una cláusula suelo con la correlativa petición de devolución de cantidades, cuando se explica que: "En efecto, para nosotros no hay autonomía entre la pretensión de nulidad y la reclamación de cantidad siendo su relación de causa-efecto propio de la nulidad, en modo tal que si la acción de nulidad es imprescriptible, el efecto queda comprendido en el universo de dicha acción que no es imaginable que se deduzca al margen de una pretensión de nulidad.

Esta parece ser además, al tesis del Tribunal Supremo pues ha dicho la STS 716/2016, de 30 de noviembre, que trata el tema relativo a los intereses adeudados por aplicación del art. 1303 CC -nulidad de negocio jurídico- que " hemos de

tener en cuenta que los desplazamientos patrimoniales realizados en cumplimiento del contrato inválido carecen de causa o fundamento jurídico (sentencia núm. 613/1984, de 31 de octubre); por lo que, cuando se han realizado prestaciones correspectivas, el art. 1303 CC -completado por el art. 1308- mantiene la reciprocidad de la restitución. Así como que el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato nulo impone que la restitución deba comprender no sólo las cosas en sí mismas, sino también los frutos, productos o rendimientos que hayan generado", pues "los intereses constituyen en estos casos los frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y la interdicción del enriquecimiento sin causa (...) Esta es la solución adoptada por los arts. 1295.1 y 1303 CC , al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas ".

Para finalizar, el principio de no vinculación contemplado en el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE produce como efecto, la obligación de restitución.

En relación a ello ha dicho el Tribunal de Justicia - STJUE de 31 de mayo de 2018, asunto C-483/2016, que " la declaración del carácter abusivo abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas



indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15 , C307/15 y C308/15 , apartado 66 " -apart. 34-)".

Por consiguiente, procede condenar a la demandada a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de la aplicación de la cláusula suelo más los correspondientes intereses legales moratorios a computar desde la fecha de cada uno de los cargos indebidamente pagados por la parte demandante. Y consecuencia de la estimación íntegra de la demanda es "ex" art. 394 LEC, la condena al pago de las costas ocasionadas en la primera instancia.

Tercero: En cuanto a las costas de la segunda instancia, estimándose el recurso de apelación, no procede la condena en costas (art. 398.2 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L A M O S

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, [REDACTED], contra la Sentencia de 27/11/2019 por el Juzgado de Primera Instancia nº. 11 BIS de Murcia, en los autos de Juicio Ordinario [REDACTED], debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de condenar a la demandada a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de la aplicación de la cláusula suelo, más los correspondientes intereses legales moratorios a computar desde la fecha de cada uno de los cargos indebidamente pagados; así



como al pago de las costas ocasionadas en la primera instancia; sin imposición a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

Devuélvase a la apelante los 50 € depositados para apelar.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que esta resolución es firme al no haber recurso ordinario alguno contra ella, y ello sin perjuicio de que si la parte justifica y acredita la existencia de interés casacional contra dicha sentencia podría interponerse recurso de casación en los términos del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 479 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Murcia, previo depósito de la cantidad de 50 €, en el plazo de veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala, debiendo acreditar el pago de dicho depósito con el escrito preparando el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1, 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2009 y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

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