

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

SENTENCIA: [REDACTED]

Modelo: N10250
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) [REDACTED]
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16 de MURCIA
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Recurrente: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: ROCIO BERNAL BARNUEVO
Abogado: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

ILMOS. SRES.

Don Carlos Moreno Millán

PRESIDENTE

Don Rafael Fuentes Devesa

Doña Teresa Rizo Jiménez

MAGISTRADOS

SENTENCIA N° [REDACTED]

En la ciudad de Murcia, a veinticuatro de junio de dos mil veintiuno.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, integrada por los Iltmos. Sres. expresados en el encabezamiento, ha visto en grado de apelación los autos de

Juicio Ordinario nº [REDACTED] -Rollo nº [REDACTED] que, en primera instancia, se han seguido en el **Juzgado de Primera Instancia nº. 16 de Murcia** entre las partes: como parte demandante, [REDACTED] representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales D./D^a. Rocío Bernal Barnuevo y asistido/a por el/la Letrado/a D./D^a Bartolomé Giménez Ibarra y como parte demandada, la mercantil BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales [REDACTED] y asistido/a por el/la Letrado/a [REDACTED]

En esta alzada actúa como apelante la demandada y como apelada la actora, siendo Ponente la Iltma. Sra. Doña Teresa Rizo Jiménez, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Murcia, en los referidos autos, se dictó Sentencia de fecha dieciséis de marzo de dos mil veinte, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Estimar sustancialmente la demanda formulada por la representación procesal de [REDACTED] contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. y:

1.Declaro la nulidad de pleno derecho por abusiva y por no puesta la cláusula sobre gastos inserta en el contrato de préstamo con garantía real concertado por las partes el 16 de febrero de 2010 ante el Notario Juan Pedro Serna Martínez, con número de protocolo 174, y, en su consecuencia, condeno a la entidad demandada a que abone a la parte demandante la cantidad de 1.099,51 € más el interés legal de la referida cantidad desde su efectivo pago hasta la fecha de la presente



resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde esta última fecha hasta su completo pago.

2. Se tiene a la parte actora por renunciada en su pretensión de nulidad de la cláusula que establece una comisión de apertura.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada."

Segundo: Contra dicha Sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó con la suplica de que se dictara sentencia por la que se estimara el recurso de apelación en los términos en que se ha interpuesto.

Admitido a trámite por diligencia de ordenación, se dio traslado a la actora, 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 le resultara desfavorable.

Dentro de plazo, compareció la parte actora oponiéndose al recurso de apelación.

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 visto para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día veintitrés de junio de dos mil veintiuno su votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - La sentencia de instancia declara la nulidad de la cláusula de gastos contenida en la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes, condenando a la demandada a indemnizar a la actora, en concepto de gastos ya abonados, en la cantidad de 1.099,51 euros más intereses, con imposición de costas procesales a la parte demandada.

La condena en costas procesales es recurrida por la parte demandada alegando que, antes de contestar la demanda, se allanó parcialmente a la declaración de nulidad de la cláusula y al pago de la cantidad de 757,31 euros (correspondiente a la mitad de gastos notariales y de gestoría y gastos registrales íntegros) oponiéndose exclusivamente al pago de los gastos de tasación -342,20 euros- por entender que su importe no estaba debidamente justificado, por lo que no merece la imposición de costas procesales habida cuenta de la falta de identidad sustancial entre el contenido de la demanda y la previa reclamación extrajudicial, en la que se incluía la cláusula suelo y, en cuanto a los gastos, se reclamaba la totalidad de los mismos incluso el impuesto de actos jurídicos documentados. A ello añade que la parte actora renunció a la pretensión, contenida en la demanda, de nulidad de la comisión de apertura.

Por su parte, la actora considera que ha de mantenerse la decisión adoptada en la instancia basada en el art. 394 de la LEC y no en el art. 395 en tanto que, en este caso, el

allanamiento no fue total sino parcial. Y, en cuanto a la renuncia a la acción sobre la comisión de apertura, explica que la misma vino justificada por el criterio del Tribunal Supremo contenido en SS. de 23 de enero de 2019, posteriores a la demanda, por el que se calificaba esta comisión como reguladora de elemento esencial (precio).

Segundo.- Como pone de manifiesto la parte actora, el allanamiento de la parte demandada no fue total sino parcial pues incluso aun cuando, posteriormente a la demanda, se renunciara por la actora a la acción de nulidad de la comisión de apertura, el pleito continuó para resolver la cuestión controvertida relativa a la procedencia, o no, de incluir los gastos de tasación en la condena indemnizatoria, habiéndose resuelto, finalmente, en sentido estimatorio de dicha reclamación.

Por tanto, al no mediar allanamiento total, la sentencia aplica el art. 394 de la LEC considerando la estimación de la demanda como esencial e imponiendo las costas procesales a la parte demandada, al estimarse la totalidad de la pretensión anulatoria y reclamatoria en cuanto a los gastos y quedar renunciada la acción a la vista de la doctrina jurisprudencial posterior a la demanda contenida en las SSTS de 23 de enero de 2019.

Pero es que, en todo caso, aun cuando resultara procedente valorar la circunstancia relativa a la diferencia entre el contenido de la demanda y el contenido de la reclamación extrajudicial previa, tampoco la misma excluiría la mala fe de la demandada, referida en el art. 395 de la LEC,

desde el punto de vista del principio de efectividad de protección del consumidor.

En este sentido, la STJUE de 16 de julio de 2020 interpreta que *"condicionar el resultado de la distribución de las costas de un procedimiento de esta índole ÚNICAMENTE a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena, puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial"* dado que *"tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales"*.

Ello debe implicar que si la entidad bancaria no da respuesta si quiera parcial a la reclamación extrajudicial de los gastos y determina al prestatario a litigar, el hecho de que, finalmente, se solicite en la demanda y se acoja en sentencia una cantidad inferior a la inicialmente reclamada y se prescinda de incluir otras cláusulas, no puede ser circunstancia que determine el pronunciamiento sobre costas procesales.

En definitiva, lo resuelto por el TJUE en relación con las costas procesales obliga a replantear la interpretación y aplicación tanto del art. 394 de la LEC en casos de estimación parcial, como el art. 395 de la LEC referido a la mala fe en caso de reclamación extrajudicial previa, de manera que el principio de efectividad ha de convertirse en piedra angular a la hora de decidir sobre esta materia.

Debe mantenerse, por tanto, la condena en costas procesales a la parte demandada.

Tercero.- En cuanto a las costas de la apelación, la desestimación del recurso determina, de conformidad con el art. 398 de la LEC, la condena en costas procesales a la parte recurrente.

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

F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora [REDACTED] en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., contra [REDACTED], representado por la Procuradora Doña Rocío Bernal Barnuevo contra la sentencia de dieciséis de marzo de dos mil veinte, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Murcia, en los autos de Juicio Ordinario número [REDACTED], debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia; con imposición de costas procesales de la apelación a la parte recurrente.

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.