

**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

N.I.G. [REDACTED]
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN [REDACTED])
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.11 (BIS) de MURCIA
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Recurrente: [REDACTED]
Procurador: ROCIO BERNAL BARNUEVO
Abogado: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA
Recurrido:
Procurador:
Abogado:

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

MAGISTRADOS

SENTENCIA NUM. [REDACTED]

En la ciudad de Murcia, a 20/10/2021.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, integrada por los
Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio
Ordinario nº [REDACTED], que en primera instancia se han seguido en

el Juzgado de Primera Instancia nº. 11 bis 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 Sr./Sra. Giménez Ibarra y demandada, la mercantil BANKIA, S.A., representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales [REDACTED] [REDACTED] asistido/a por el/la Letrado/a [REDACTED] En esta alzada actúa como apelante la demandante y como apelada la demandada; siendo Ponente el Ilmo. Sr. [REDACTED] 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 10/11/2020, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Doña María Rocío Bernal Barnuevo en nombre y representación de [REDACTED] contra Banco Mare Nostrum S.A., hoy Bankia S.A., representada por la Procuradora Doña [REDACTED] debo declarar y declaro nulas la cláusula suelo o de limitación de variabilidad del tipo de interés y la cláusula de mora, las cuales se tienen por no puestas, no produciendo ningún efecto; condenando a la demandada a abonar a la parte actora, en cuanto a la cláusula suelo, la cantidad que resulte de la aplicación de las bases de liquidación establecidas en el fundamento de derecho correspondiente (con sus intereses) así como a elaborar un nuevo cuadro de amortización para el futuro como si la cláusula suelo no se hubiera aplicado nunca.

Sin imposición de costas procesales a ninguna de las partes."

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 condenar en costas de la primera instancia a la entidad "BANKIA, S.A."*.

Admitido a trámite por Diligencia de Ordenación de 09/12/2020, 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.

El 02/02/2021 se dictó la siguiente Diligencia de Ordenación:

"Transcurrido el término otorgado a la parte demandada, sin que haya presentado escrito de impugnación u oposición, de conformidad con el artículo 463.1 de la LEC, acuerdo:

1.-Dar por precluido dicho trámite.

2.-Remitir los autos a la AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA, SECCIÓN CUARTA, conforme a lo previsto en el artículo 463.1 de la LEC.

3.-Emplazar a las partes por término de DIEZ DÍAS a fin que comparezcan ante dicho tribunal".

Tras lo cual, 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 19/10/2022 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, sin condena en costas a la demandada; la demandante, ahora apelante, considera que procede la imposición de costas a la demandada, por entender que la sentencia de primera instancia ha acogido la petición subsidiaria también interesada en la demanda, *“habida cuenta de que ha considerado válido el documento privado de [REDACTED] [REDACTED] ha condenado a la parte contraria a restituir las cantidades indebidamente pagadas de más por mi representada desde el inicio de la aplicación de la “cláusula suelo” del 3,50 %, y hasta la firma del referido acuerdo privado de [REDACTED]; exponiendo que “En este sentido, la doctrina entiende que, cuando se estiman peticiones subsidiarias a una principal, se produce un acogimiento íntegro de la demanda, por tanto, procedería la condena en costas cuando la Sentencia acoge la petición subsidiaria”, con referencia a la STS de 14/09/2007, de 12/01/2012 y de 17/03/2016 y a las de la Sección 4ª de la AP de Murcia de 06/06/2019 (nº. 161/2019) o de 20/07/2015 (nº 433/2019), entre otras.*

Frente a tal pretensión, la demandada no formula oposición ni impugnación.

Segundo: Esta Sección 4ª de la AP de Murcia ya ha resuelto, en sentido estimatorio, la pretensión que ahora se actúa por la demandante apelante. Concretamente, en la Sentencia nº. 433 de 06/06/2019 (Rollo nº. 985/2018), en la Sentencia nº 161/2019 de 21-02-2019 (Rollo nº 1488/2018) y, más recientemente, en la Sentencia nº. 574 de 21-05-2021 (Rollo 296/2020). En aquellos casos en los que también intervino BANKIA, antes BMN, se examinaron sendos supuestos de hecho semejantes al que ahora se somete a reconsideración judicial (en primera instancia se estimó la pretensión de nulidad de la cláusula suelo, concediéndose validez al documento privado posterior que la suprimía.

En la primera de las sentencias citadas, en el que resultó ser apelante la misma entidad bancaria (BANKIA, antes BMN) frente a la condena en costas de la primera instancia, ya se decía que: *"ni siquiera podría prosperar el recurso si lo que hubiera pedido el apelante es que no se le impusieran a él las costas de la primera instancia al existir una estimación parcial de la demanda inicial, y ello porque la jurisprudencia del TS es constante al afirmar que la estimación de una pretensión alternativa o subsidiaria equivale a una estimación sustancial. En este sentido la STS, Sala 1ª, de 17 de diciembre de 2004, FJ 3º, menciona dicha doctrina respecto de la estimación de acciones subsidiarias en las sentencias de 29 octubre 1992; 30 mayo 1994; 1 junio 1995; 15 marzo y 11 julio 1997; 27 octubre 1998 y 28 febrero 2002.*

A las sentencias del TS antes mencionadas deben añadirse las de 27 de septiembre del 2005, 14 de septiembre de 2007, entre otras muchas.

Con mayor detalle, la STS mencionada de 29 de octubre de 1992 literalmente recogidas en las de 27 de noviembre de 1993 y 15 de marzo de 1997 razonaba:

"[e]l hecho de admitir la petición principal, o la subsidiaria o cualquiera de las formuladas alternativamente implica en principio una admisión total de la demanda, ya que:
a) cuando el actor formula peticiones alternativas, la sentencia que accede a una de las solicitudes conlleva una admisión total de lo pedido en cuanto no pueden en principio concederse las dos o más alternativas a la vez. b) que cuando se contienen en el "petitum" de las demandas una petición subsidiaria lo que con ello se hace es ofrecer también al Juzgador una posibilidad de opción entre las dos, con lo cual la decisión del mismo en uno y otro sentido lleva implícita la admisión total de la pretensión por la que opte, en cuanto que tampoco pueden en términos generales concederse la principal y la subsidiaria. c) porque compendiando lo dicho, no puede eliminarse de la idea del "victus victori" o vencimiento objetivo los supuestos de procesos en que, formulándose las peticiones del actor con criterio de alternatividad o de subsidiariedad, la decisión del Juzgador optando por una u otra petición

elimine dicho vencimiento, en cuanto ello implicaría una interpretación en perjuicio del actor cuando dichas situaciones se presentaren”.

No puede aceptarse el argumento de la apelada de que no cabe aplicar dicha doctrina porque el actor no planteó en su reclamación extraprocesal la pretensión subsidiaria, pues en la contestación a la demanda la ahora apelada cuestionó también la nulidad de la cláusula suelo, no allanándose a la petición subsidiaria, que es lo que se ha estimado en la sentencia y dado lugar a su condena en costas.

Ahora bien, la tasación de costas de la primera instancia se habrá de hacer sobre la acción estimada, no sobre la rechazada”.

Y en la segunda de las sentencias citadas (la de 21-02-2019, nº 161/2019, rollo nº 1488/2018) en el que BANKIA (antes BMN) también fue parte apelada frente a un recurso planteado por la parte demandante consumidor que interesaba la condena a en costas de la primera instancia a la demandada, también se dijo que *“Señalan los apelantes que cuando se estiman peticiones subsidiarias a una principal, se produce un acogimiento íntegro de la demanda, por ello procedería la condena en costas al haberse acogido una petición subsidiaria.*

Tal pretensión debe ser estimada porque es evidente que la sentencia del Juzgado estimó íntegramente la demanda al haber acogido la pretensión formulada en el apartado 3º) del suplico, para el supuesto de que se estimase judicialmente la validez del documento privado de fecha 20 de julio de 2015. Y el fundamento de derecho séptimo de la sentencia apelada se refería al interés de demora, cuya declaración de nulidad había solicitado la parte actora, siendo acogida dicha pretensión.

Por tanto, era aplicable el artículo 394-1 de la Ley de Enjuic. Civil”.

Tercero: Pero es que, además, sucede que, como se ha dicho por esta Sección 4ª entre otras, en la **Sentencia de 10-09-2020, nº 738/2020, rec. 1315/2019**, *“debe concluirse que las costas de la primera instancia en este procedimiento se han de imponer a la*

demandada, fundamentalmente porque la referida sentencia del TJUE (de 16/07/2020) rechaza condicionar la condena en costas únicamente en función de las cantidades que se recuperan por el consumidor, cuando se pretende la nulidad de una cláusula abusiva, pues ello implicaría una interpretación del derecho nacional contraria al principio de efectividad del Derecho de la Unión que recoge la Directiva 93/13...”

Y como también ha declarado este Tribunal en **Sentencia de 17/09/2020, nº 775/2020, rec. 1439/2019**, sobre el alcance de la Sentencia del TJUE de 16/07/2020 “*se ha pronunciado este Tribunal en sentencia de 10 de septiembre de 2020 en el sentido de que la minoración de cantidades objeto de condena respecto de las reclamadas (motivo invocado por la recurrente) no justifica por regla general la exoneración de las costas del predisponente, salvo que las peticiones iniciales pueden calificarse como descabelladas, por lo que, en consonancia con ello, se desestima el recurso, ... por lo que resulta innecesario verificar si el comportamiento es temerario*”.

Posteriormente, las Sentencias del Tribunal Supremo nº. 35/2021, de 27/01 y la nº. 45/2021, de 02/02, ha concluido con la procedencia de condenar al pago de las costas de la primera instancia a la entidad bancaria demandada en sendos supuestos de estimación no íntegra de demandas de consumidores basadas en la Directiva 93/13; modulando la aplicación del art. 394.2 LEC; debiéndose valorar el principio de primacía y de efectividad del Derecho de la Unión Europea.

Por consiguiente, procede estimar la apelación formulada por la parte apelante y la condena a la demandada al pago de las costas de la primera instancia, no apreciándose serias dudas de derecho que impidieran tal pronunciamiento.

Cuarto: No procede efectuar pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas de la segunda instancia (art. 398.2 de la LEC).

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

FALLAMOS

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] [REDACTED] contra la Sentencia de 10/11/2020 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 que sí procede condenar a la demandada al pago de las costas de la primera instancia; sin imposición a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

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.

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.

