

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA.  
SECCIÓN CUARTA.**

Presidente, Ilmo. sr.

D.

Magistrado, Ilmo. sr.

D.

Magistrada, Ilma. sra.

D<sup>a</sup>.

Recurso de apelación 401/2021.

Procedencia: juzgado Mixto número 3 de Ronda.

Procedimiento ordinario 607/2019.

**S E N T E N C I A N° 444/22**

Málaga, siete de julio de dos mil veintidós.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga ha visto el recurso de apelación interpuesto por don \_\_\_\_\_, representado por el procurador don \_\_\_\_\_, defendido por el letrado don Daniel Navarro Salguero, frente a la sentencia dictada en el procedimiento ordinario 607/2019, tramitado por el juzgado Mixto número 3 de Ronda. Es parte recurrida Creamfinance Spain S.L., representada por el procurador don \_\_\_\_\_, defendida por la letrada doña \_\_\_\_\_.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Juez del juzgado Mixto número 3 de Ronda dictó sentencia el 21 de octubre de 2020, en el procedimiento ordinario 607/2019, con el fallo siguiente:

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. \_\_\_\_\_ en nombre y representación de D. \_\_\_\_\_.

declaro la nulidad RADICAL, ABSOLUTA Y ORIGINARIA del contrato suscrito entre las partes el 26 de febrero de 2019, por tratarse de un contrato USURARIO; con los efectos restitutorios inherentes a tal declaración, de conformidad con el art. 3 de la Ley sobre Represión de la Usura.

Sin condena en costas.

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por el demandante, fue turnado a esta Sección de la Audiencia, señalándose la deliberación el 28 de junio de 2022.

**TERCERO.-** En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo ponente el magistrado don .

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia dictada en la instancia ha estimado la demanda interpuesta por don frente a Creamfinance Spain S.L., declarando la nulidad radical, por usurario, del contrato de préstamo concertado entre las partes el 26 de febrero de 2019, con las consecuencias restitutorias inherentes, sin imposición de costas, pronunciando este último con el que discrepa el demandante mediante el recurso que somete a consideración de la Sala, alegando infracción de los arts. 394 y 395 LEC en relación con los arts. 1.6 CC, 9.3, 14 y 139.1 CE y de la sentencia del Tribunal Supremo 419/2017, de 4 de julio, sin que la cuestión controvertida genere dudas de derecho teniendo en cuenta el criterio establecido por las sentencias del Tribunal Supremo 628/2015 y 149/2020.

La entidad demandada se ha opuesto al recurso, solicitando la confirmación de la sentencia.

**SEGUNDO.-** Los antecedentes de la instancia se resumen del modo siguiente:

1.- Don formuló demanda de procedimiento ordinario frente a Creamfinance Spain S.L., en la que instaba, con carácter principal, la nulidad del préstamo concertado con la entidad demandada en febrero del año 2019, por tratarse de un contrato usurario, con los efectos restitutorios inherentes a

tal declaración, de conformidad con el art. 3 de la Ley sobre Represión de la Usura, e imposición de costas.

2.- Creamfinance Spain S.L. presentó escrito allanándose a la demanda.

3.- La sentencia ha estimado la demanda a la vista del allanamiento de la entidad demandada, declarando nulo, por usurario, el contrato de préstamo concertado entre las partes, con los efectos restitutorios inherentes a tal declaración, de conformidad con el art. 3 de la Ley sobre Represión de la Usura, si bien no hace pronunciamiento sobre las costas procesales por las razones expuestas por la juez de instancia en el fundamento de derecho segundo, del tenor siguiente:

Conforme a lo establecido en el artículo 395 LEC, no procede, en este caso, hacer una expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada al entender que no concurre la temeridad o mala fe.

Señala por el Tribunal Supremo en sentencia de 21.12.1985: “Habrá por lo tanto lugar a la declaración de temeridad cuando se litiga de forma maliciosa, a sabiendas de la injusticia de la pretensión, y cuando de modo negligente se continúa el procedimiento pese a conocer lo improcedente de la pretensión”.

Por otro lado, mediando el allanamiento del demandado y salvo caso de apreciarse mala fe, la regla general en materia de costas es la no imposición. Esa salvedad, que justifica el apartamiento de la regla general, es identificable con una actuación disconforme con el modelo de conducta aceptado por la sociedad en la situación de que se trate o regla de comportamiento exigible desde un punto de vista ético y social, y se ha de valorar a estos efectos, fundamentalmente, en el estadio anterior al proceso, en relación con actos determinantes de la justificación del mismo.

El artículo 395 de la LEC objetiva la presencia de mala fe en el caso de que antes de ser presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago. La finalidad perseguida por la norma no es otra que evitar la condena en costas del allanado cuando con anterioridad a la presentación de la demanda no haya tenido ocasión de conocer o de cumplir la prestación objeto de la misma por no haber recibido reclamación extrajudicial alguna o por cualquier otro motivo legítimo.

En este caso, la demandada mostró su conformidad con la nulidad de la cláusula y consintió en negociar y no se puede discutir que la cuestión que se ha debatido sigue siendo jurídicamente dudosa, por cuanto que cada órgano judicial debe valorar los efectos

de la supresión de las cláusula declaradas nulas, lo que justifica que no proceda la imposición de costas.

**TERCERO.-** El recurso interpuesto por el demandante combate, exclusivamente, el pronunciamiento sobre la no imposición de las costas a la entidad demandada, alegando en síntesis infracción de los arts. 1.6 CC, 9.3, 14 y 39.1 CE y de las sentencias del Tribunal Supremo 419/2017, de 4 de julio, y 28/2015, de 25 de noviembre, la primera que reitera la imposición de las costas procesales a las entidades bancarias en los procedimientos iniciados contra las mismas invocando el principio de efectividad del Derecho comunitario, y la segunda que declaró nulo un contrato de crédito revolving con un TAE del 24,6%, fijando doctrina al respecto.

El motivo ha de ser estimado.

Esta sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la imposición de costas en el supuesto de allanamiento del demandado. En nuestra sentencia de 25 de junio de 2021 (recurso 179/2020) analizamos el art. 395 LEC, y decíamos lo siguiente:

si el demandado se allanare a la demanda, atiende al momento procesal en el que se produce el allanamiento, estableciendo el principio general de la no imposición de costas si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla. El expresado criterio legal tiene una excepción: que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado (art. 395.1 párrafo 1º). En este orden de cosas, se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera dirigido contra él demanda de conciliación (art. 395.1 párrafo 2º). Se establece, así, una regla general en caso de allanamiento, la no imposición de las costas, y una excepción a dicha regla general, su imposición en caso de mala fe del demandado, cuyo carácter excepcional impone una interpretación restrictiva, así como una aplicación rigurosa y debidamente motivada. De este modo, la regulación legal en materia de costas en caso de allanamiento expreso del demandado contempla dos supuestos en los que la mala fe de este último se da por acreditada, en todo caso. La mala fe del demandado queda excluida cuando con anterioridad a la presentación de la demanda no ha tenido ocasión de conocer o de cumplir la prestación por no haber recibido reclamación alguna o por otro cualquier motivo legítimo. Por el contrario, existe mala fe cuando el demandado, requerido previamente para dar satisfacción a la legítima pretensión del demandante, desatiende dicho requerimiento, abocando a la parte contraria a impetrar el auxilio jurisdiccional en cumplimiento a la prestación debida, como único medio de obtener la efectividad de su derecho. Ahora bien; la tipificación legal de la mala fe que se hace en

el art. 395.1, párrafo 2º de la LEC, con carácter de presunción iuris et de iure, no delimita el ámbito de la apreciación judicial de la temeridad o de la mala fe a efectos de la imposición de las costas al demandado allanado, apreciación que, fuera de los supuestos legales antes referidos, está confiada al discrecional y prudente arbitrio del juzgador, que puede obtenerla de cualesquiera circunstancias concurrentes en la conducta del demandado que la hagan merecedora del calificativo de temeraria o maliciosa.

El artículo citado no contempla la excepción al principio del vencimiento objetivo en materia de costas procesales por la existencia de dudas, de hecho o de derecho, que es el criterio que aplica la juez de instancia, junto con la ausencia de mala fe en la entidad demandada al no haber sido requerida extrajudicialmente antes de la interposición de la demanda, y la Sala, revisadas las actuaciones, no comparte dichas conclusiones, pues queda acreditado que el sr. presentó una reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente (SAC) de la entidad solicitando la nulidad del contrato por usurario, copia del mismo, y los movimientos del préstamo, así como una liquidación completa (documento número 2 de la demanda). Igualmente, el documento número 3 acredita la reclamación remitida a la demandada por burofax, y el documento número 4 la respuesta de la misma, en la que, entre otras cuestiones, rechazaba la existencia de cláusulas abusivas, así como que el interés remuneratorio fuera usurario, actitud que no ha dejado al recurrente otra opción que interponer la demanda, por lo que concluimos que sí existieron reclamaciones extrajudiciales desatendidas que implica mala fe a los efectos del art. 395 LEC.

Tampoco aprecia la Sala dudas de hecho o de derecho pues, como alega el recurrente, el Tribunal Supremo, en sentencia 149/2020, de 4 de marzo, fijó su doctrina sobre el carácter usurario del interés remuneratorio atendiendo al TAE aplicado, criterio ratificado por la posterior sentencia 367/2022, de 4 de mayo, lo que obvia la posible existencia de dudas de hecho y/o de derecho.

Pero además, como acertadamente alega el recurrente, el Tribunal Supremo también ha fijado doctrina sobre la imposición de costas en procedimientos entablados por consumidores frente a entidades bancarias sobre nulidad, por abusivas, de cláusulas insertas en contratos no negociados individualmente. En la sentencia de Pleno de 17 de septiembre de 2020 se pronuncia en los términos siguientes:

1.- La regulación de las costas procesales en los litigios sobre cláusulas abusivas en contratos no negociados concertados con consumidores pertenece en principio a la esfera del principio de autonomía procesal de los Estados miembros. Por tal razón, la regulación de la imposición de las costas, que se contiene en los arts. 394 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no colisionará con el Derecho de la UE, y en concreto, con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero, si se respetan los principios de efectividad y equivalencia. Así lo ha declarado el TJUE con reiteración, en la última ocasión, en la sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, apartado 95.

2.- El respeto al principio de equivalencia no es relevante en la resolución de este recurso pues no se plantea que resulte infringido. Pero sí lo es el respeto al principio de efectividad del Derecho de la UE, que exige dar cumplimiento a otros dos principios: el de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas (art. 6.1 de la Directiva) y el del efecto disuasorio del uso de cláusulas abusivas en los contratos no negociados celebrados con los consumidores (art. 7.1 de la Directiva).

3.- La cuestión objeto del recurso se centra en decidir si, en los litigios sobre cláusulas abusivas, cuando la sentencia estima la demanda y declara el carácter abusivo de la cláusula, la aplicación de la excepción al principio de vencimiento objetivo por la concurrencia de serias dudas de derecho ( art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), hace imposible o dificulta en exceso la efectividad del Derecho de la UE, pues trae como consecuencia que el consumidor, pese a obtener la declaración de que la cláusula es abusiva y que no queda vinculado a la misma, deba cargar con parte de las costas procesales, concretamente, las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

4.- La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 419/2017, de 4 de julio, aplicó el principio de efectividad del Derecho de la UE, y en concreto, de la Directiva 93/13/CEE, para excluir la aplicación de la excepción, basada en la existencia de serias dudas de derecho, al principio del vencimiento objetivo en materia de costas en los litigios sobre cláusulas abusivas en que la demanda del consumidor resultaba estimada.

5.- Declaramos en esa sentencia que, en los litigios sobre cláusulas abusivas, si en virtud de la excepción a la regla general del vencimiento por la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, el consumidor, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas. Concluimos en esa

sentencia que la regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.

6.- En el presente caso, la resolución recurrida ha dispuesto que el consumidor, pese a ver estimada su demanda, cargue con parte de las costas devengadas en la primera instancia, al aplicar la excepción al principio del vencimiento objetivo en la imposición de costas por la existencia de serias dudas de derecho.

7.- Al resolver así, la resolución no respetó las exigencias derivadas de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y del principio de efectividad del Derecho de la UE, en los términos en que han sido interpretadas por nuestra sentencia 419/2017, de 4 de julio, cuyos principales argumentos han sido expuestos en párrafos anteriores, y, más recientemente, por la STJUE sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, por lo que infringió las normas invocadas en el recurso. Por tal razón, debemos revocar el pronunciamiento sobre costas de primera instancia contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial y sustituirlo por el de la condena al banco demandado al pago de tales costas procesales.

En definitiva, el principio de efectividad del Derecho comunitario implica imponer a la entidad bancaria las costas procesales, doctrina que el Tribunal Supremo ha reiterado en las posteriores sentencias 499/2022 y 506/2022, ambas de 27 de junio, remitiendo a la sentencia TJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

Por las razones expuestas, procede revocar el pronunciamiento recurrido, imponiendo a la entidad demandada las costas procesales devengadas en la instancia.

**CUARTO.-** Estimado el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 LEC, no procede hacer especial pronunciamiento respecto de las costas devengadas por el mismo, devolviendo al recurrente el depósito constituido para recurrir (Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación en derecho

**FALLAMOS**

Estimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador don \_\_\_\_\_, en representación de don \_\_\_\_\_, frente a la sentencia dictada el 21 de octubre de 2020 por la Juez del juzgado Mixto número 3 de Ronda, en el procedimiento ordinario 607/2019, debemos revocar dicha resolución en el único particular de imponer a la entidad demandada las costas devengadas en la instancia, sin hacer especial pronunciamiento respecto de las ocasionadas por el recurso.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior resolución por el Magistrado Ponente, estando celebrando Audiencia Pública. Dov fe.