



Roj: **SAP LE 916/2016 - ECLI:ES:APLE:2016:916**

Id Cendoj: **24089370012016100272**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2016**

Nº de Recurso: **352/2016**

Nº de Resolución: **274/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RICARDO RODRIGUEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**LEON**

*SENTENCIA* : 00274/2016

N10250

C/ EL CID, NÚM. 20

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO-**

Tfno.: 987 23 31 35 Fax: 987 23 33 52

YFD

**N.I.G.** 24089 42 1 2015 0011806

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000352 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.1 de LEON

**Procedimiento de origen:** ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000307 /2016

Recurrente: Moises , Lidia

Procurador: ISMAEL RICARDO DIEZ LLAMAZARES

Abogado: MARIA CARMEN SERRANO CIMADEVILLA

Recurrido: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA SAU

Procurador: MERCEDES PEREZ FERNANDEZ

Abogado: MIGUEL VILLA MORAN

**SENTENCIA N° 274/16**

**Ilma. /os. Sra. /es:**

**D<sup>a</sup>. Ana del Ser López.- Presidenta**

**D. Manuel García Prada.- Magistrado**

**D. Ricardo Rodríguez López.- Magistrado**

En León a 3 de octubre de 2016.

VISTO ante el Tribunal de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta ciudad, el recurso de apelación civil num. 352/2016, en el que han sido partes **D. Moises y Lidia** , representados por el procurador D. Ismael-Ricardo Díez Llamazares bajo la dirección de la letrada D<sup>a</sup> María-Carmen Serrano Cimadevilla, como APELANTE, y **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, SAU (Banco CEISS)**



representado por la procuradora D<sup>a</sup> Mercedes Pérez Fernández bajo la dirección del letrado D. Miguel Villa Morán, como APELADO. **Interviene como Ponente del Tribunal el ILTMO. SR. D. Ricardo Rodríguez López.**

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- En los autos nº 307/2016 del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia número 1 de LEÓN se dictó sentencia de fecha 2 de junio de 2016 , cuyo fallo, literalmente copiado, dice: " *Que estimando la demanda presentada por D. Moises y Dña. Lidia , representados procesalmente por el Procurador Sr. Díez Llamazares, contra Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, SAU, representado procesalmente por la Procuradora Sra. Pérez Fernández: 1) Debo declarar y declaro la nulidad de la estipulación que establece, en el contrato de préstamo hipotecario que vincula a las partes, según escritura pública de fecha 27 de noviembre de 2006, el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 3,25% y cuyo contenido literal es: "En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,50% ni inferior al 3,25%, con devolución a los demandantes de las cantidades indebidamente percibidas por la demandada desde el 9 de mayo de 2013. 2) Sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta Instancia "* .

**SEGUNDO** .- Contra la precitada sentencia se interpuso recurso de apelación por D. Moises y Lidia . Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto, se dio traslado al apelado que lo impugnó en tiempo y forma. Se sustanció el recurso por sus trámites y se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial ante la que se personaron las partes en legal forma y en el plazo concedido al efecto. Se designó Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Rodríguez López.

**TERCERO** .- Las actuaciones se recibieron en la Unidad Procesal de Ayuda Directa de este tribunal el día 6 de septiembre de 2016, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 9 de septiembre de 2016.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Delimitación del objeto del recurso de apelación.

El recurso de apelación tiene por objeto la impugnación del pronunciamiento sobre costas procesales: el demandante solicita la condena de la entidad financiera al pago de las costas procesales. Funda su impugnación en la mala fe de la demandada en el allanamiento ( artículo 395 de la LEC ).

En relación con el pronunciamiento sobre costas, en caso de allanamiento, se establece en el artículo 395 una regla general: si se produce antes de contestar la demanda no procede imposición de costas. Esta regla general tiene como excepción la mala fe del demandado: " *salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado "* . Esa mala fe solo se presume en caso de que antes de la presentación de la demanda se hubiera dirigido al demandado " *requerimiento fehaciente y justificado "* .

Por lo tanto, en caso de allanamiento anterior a la contestación de la demanda, la controversia sobre el pronunciamiento sobre las costas solo surge en aquellos casos en los que concurre mala fe por parte del demandado cuando no ha mediado un requerimiento previo fehaciente y justificado, como ocurre en este caso.

**SEGUNDO** .- Sobre la buena/mala fe procesal en el allanamiento.

La buena fe " *ha sido interpretada como un principio general positivizado que impone deberes a los titulares de los derechos "* ( STS, Sala 1<sup>a</sup>, 872/2011, de 12 de diciembre ). Como principio general opera según qué ámbitos y en qué casos de manera diferente, participando de sus peculiaridades con una proyección particularizada.

La buena fe es un concepto jurídico indeterminado que opera de manera diferente según se proyecte en el ámbito de las relaciones contractuales, en el ámbito de la posesión, en el ámbito de la prescripción, en el ámbito del Derecho de la Competencia, en el Derecho del Trabajo, en el Derecho Administrativo... Por ello, el concepto puede abarcar todos los supuestos, pero se particulariza en particular para cada uno de ellos.

De manera general se puede entender la buena fe en sentido subjetivo u objetivo. En su vertiente subjetiva se puede entender como una creencia basada en un error excusable de que se actúa correctamente (sería, por ejemplo, la que aplicaría en el caso del poseedor de buena fe que contempla el artículo 451 del Código Civil ). Y en su vertiente objetiva haría referencia a un comportamiento conforme a las reglas objetivas y socialmente aceptada de honradez, lealtad y el respeto a la confianza suscitada (sería, por ejemplo, la que, con carácter general, se aplicaría al ámbito de las relaciones contractuales).

El artículo 395 de la LEC , al igual que en otros muchos preceptos del ordenamiento jurídico, recurre a este concepto jurídico indeterminado para establecer un supuesto de hecho. Por tratarse de una norma de índole procesal debe incardinarse en este ámbito, al que de manera genérica también se refieren los artículos 11.1 de la LOPJ y 247 de la LEC . La buena fe en el proceso debe de ser valorada en este concreto contexto y, por lo



tanto, se ha de distinguir de la buena fe en el ámbito contractual o en cualquier otro ámbito diferente. Por ello, el comportamiento malicioso no se puede centrar en la cuestión jurídica controvertida (que se desenvuelve en el ámbito del Derecho sustantivo) sino en relación con la acción o la pretensión, como así se indica, entre otras, en la sentencia de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de abril de 2016 (recurso 707/2014): " *mala fe que es procesal y exige un comportamiento malicioso del demandado que nada tiene que ver con la falta de cumplimiento de la prestación debida* ". O, como se indica en la sentencia de la Sección 10ª de la AP de Madrid, de fecha 16 de diciembre de 2014 (recurso 570/2014): " *no puede pretenderse identificar la mala fe que exige el art. 395 LEC 1/2000 con la infracción misma que constituye la "res de qua agitur" [...] Las resoluciones judiciales que han tratado esta cuestión destacan que la mala fe a la que se alude, cuya apreciación por el juez resulta inexcusable como presupuesto para imponer las costas al demandado allanado, debe estar referida no a su conducta intraprocesal sino a su comportamiento previo al proceso, con los siguientes matices: a) La mala fe no puede identificarse o deducirse del solo hecho de no realizarse por el demandado antes de la demanda lo pretendido en ella por el actor, porque la excepción se convertiría en regla general dado que la misma hipótesis de que haya reclamación y allanamiento presupone la no realización previa de lo exigido; b) La mala fe precisa algo más que la mera falta de observancia del comportamiento debido u obligado durante un tiempo más o menos dilatado; exige un comportamiento malicioso de injustificada negativa a una pretensión que se sabe justa -de ahí la exigencia de que, además de fehaciente, el requerimiento sea «justificado»- y hace caso omiso a las reclamaciones que de la misma se le formulen, obligando así al titular del derecho a ejercitar finalmente su acción en proceso judicial para exigir la conducta que sabiendo el deudor que es debido no ha querido maliciosamente cumplir* ".

En atención a los criterios expuestos, que este tribunal comparte, la conducta generadora de mala fe procesal, en el concreto ámbito al que se refiere el artículo 395 de la LEC, debe de tener un componente objetivo, referido a la conducta leal esperada de todo aquél que actúa de buena fe, y un componente subjetivo, referido a la posición asumida por quien razonablemente considera que actúa correctamente.

En el caso que nos ocupa no consta que la entidad financiera hubiera tenido conocimiento de la pretensión del demandado antes de la presentación de la demanda, ya sea por medio de un requerimiento o reclamación del demandante (fehaciente o no fehaciente) o por actos que de manera inequívoca permitieran prever el ejercicio de la acción. Como ya hemos indicado, la mala fe no resulta del conocimiento de una situación jurídica (en este caso, la existencia de una cláusula de limitación de la variación del tipo de interés en un contrato de préstamo), sino del conocimiento de la pretensión del demandante (nulidad de la citada cláusula). Por lo tanto, hemos de analizar si concurre algún otro hecho del que pueda inferirse la mala fe en el allanamiento.

Bajo ningún concepto se puede presumir la mala fe o la existencia de requerimiento "verbal" o el conocimiento de la intención de ejercitar la acción. Resultan completamente gratuitas las meras suposiciones sobre lo que podía o no podía representarse el banco al respecto, o establecer inversiones de la carga de la prueba trasladando al banco el deber de justificar un hecho negativo: que no hubo reclamación verbal ni de ninguna otra índole. Si el prestatario opta por no llevar a cabo una tarea tan sencilla como lo es presentar una simple queja en la entidad financiera, para lo cual basta con una nota manuscrita reclamando la anulación de la cláusula o su inaplicación, no puede pretender que sea el Banco el que tenga que asumir la labor de acreditar que el cliente no acudió a sus oficinas para hacerla valer verbalmente.

Añadimos a todo ello que en la demanda ni siquiera se alega alguno en el que fundar la mala fe de la demandada: no se menciona la existencia de requerimientos verbales ni ningún otro que revele mala fe procesal; si no hay reclamación por escrito, al menos debería alegarse algo que revele que la entidad financiera sabía o sospechaba fundadamente la pretensión de anulación del prestatario.

a) Vertiente subjetiva de la buena fe.

Al allanarse a la demanda, la demandada sostiene que la cláusula suelo es válida, pero precisa: " *tras la interposición de la demanda y constituyendo ésta el primer requerimiento fehaciente de eliminación de la cláusula suelo, cuando mi mandante analizó si la cláusula inserta en el contrato suscrito con la actora superaba el control de transparencia reforzada que exige la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, teniendo en cuenta la documentación precontractual y contractual entregada al cliente y las circunstancias que rodearon la comercialización y posterior contratación del préstamo*".

La demandante actúa en la creencia de que hace lo correcto cuando sostiene la idoneidad de las prácticas seguidas para la comercialización y para la incorporación de las cláusulas suelo, no obstante lo cual, admite que, en este caso concreto, tras examinar las circunstancias alegadas en la demanda debe de allanarse porque la cláusula suelo no supera los estándares de transparencia exigidos por la Jurisprudencia (que es lo que se alega en la demanda).



Lo afirmado por la demandada es coherente con su posición en el proceso seguido como consecuencia de la acción colectiva ejercitada frente a ella, y en el que se ha opuesto a la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas a los contratos de préstamo comercializados por la entidad. De hecho, la sentencia dictada por este tribunal de apelación en dicho proceso no es firme, y será el Tribunal Supremo quien decidirá al respecto. Podrá parecer, o no parecer, razonable la posición procesal de la demandada en dicho procedimiento, pero en modo alguno se le puede negar su derecho a la defensa o presuponer la inviabilidad de un recurso sobre el que no se ha resuelto.

b) Vertiente objetiva.

Para que la conducta de la demandada se considere incurso en mala fe es preciso, en primer lugar, determinar qué conducta le es exigible.

La sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, recurso 485/2012, expresamente reconoce la intrínseca validez de las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés (así se refleja en el apartado sexto de su fallo). La nulidad que se acuerda en el apartado séptimo del fallo de dicha sentencia no es por el contenido de la cláusula, sino por cómo se incorporación al contrato, con falta de transparencia, y por ello delimita el ámbito de la anulación a los supuestos que se indican en los apartados a), b), c), d) y f) del apartado sexto del fallo. Esta anulación no produce un efecto automático de nulidad sino que impone una revisión de las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés de los contratos de préstamo contratados por las entidades demandadas; revisión que debe llevar a cabo la propia entidad financiera o también los prestatarios que, caso de negativa de aquella a excluirlas, pueden ejercitar acciones individuales, y sin perjuicio de las potestades de las asociaciones que actuaron como demandantes en ejercicio de la acción colectiva para exigir el cumplimiento de la sentencia.

Así pues, la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 y aquellas otras que han resuelto o resuelvan sobre acciones colectivas sobre la misma cuestión comportan, para quien ha sido parte en el proceso, una obligación de revisión de los contratos de préstamo, pero esta obligación no se extiende, en absoluto a todas las entidades financieras que operan en España.

Por lo tanto, la demandada no está obligada a revisar los clausulados de sus contratos de préstamo para verificar si las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés se han negociado e incorporado con la debida transparencia, y menos aún la de dejar sin aplicación lo pactado entre las partes. Así, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2013, ECLI: EU:C:2013:88, C-472/11, caso Banif, dice: " 27. [...] Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el **consumidor**, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula (véase la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartados 33 y 35)". Si los tribunales no pueden, de oficio, anular cláusulas pactadas y/o dejarlas sin efecto sin el consentimiento de los prestatarios, no se puede imponer a la entidad financiera el deber de hacerlo sin contar con él.

En definitiva: ni existe un deber de revisión generalizada de los clausulados para verificar su transparencia (salvo expresa anulación en procesos seguidos por el ejercicio de acciones colectivas) ni la entidad financiera puede, por propia iniciativa, dejar de aplicar cláusulas pactadas. A todo ello hay que añadir que no existe dato alguno que permita suponer que la entidad financiera era conocedora de la falta de conformidad del prestatario con la cláusula suelo, ni tampoco que supiera de la intención de los prestatarios de impugnarla (aunque solo fuera por quejas debidamente formalizadas), por lo que tampoco la demandada pudo prever que el prestatario ejercitara una acción judicial para pedir su anulación. Por todo ello, no se puede apreciar mala fe de la demandada en el allanamiento.

**TERCERO** .- Comentario sobre la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 y su incidencia en la apreciación de la mala fe en el allanamiento.

La sentencia reseñada se alega para justificar la apreciación de mala fe en el allanamiento, cuando solo se limita a descontar uno de los fundamentos empleados en la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 para limitar la extensión temporal los efectos de la anulación de la cláusula suelo. En esta última sentencia se limita la eficacia retroactiva de la anulación de la cláusula suelo conforme a los motivos que expone en su apartado 293, y para ello se funda en criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión

Europea: " Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C-263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59)". Uno de los



criterios de limitación temporal es " *la buena fe en los círculos interesados* ". La buena fe a la que se refiere es el estado de las cosas creado con una práctica continuada en el tiempo, asentada, más o menos generalizada y fundada en el cumplimiento de la normativa vigente.

La buena fe a la que se refiere la sentencia de 25 de marzo de 2015 nada tiene que ver con la mala fe procesal. Es más, cuando la sentencia de 25 de marzo de 2015 alude al cese de esa situación de buena fe no lo hace para proclamar la mala fe de las entidades financieras que mantengan las cláusulas suelo en sus contratos, sino para delimitar la retroacción de los efectos derivados de la anulación: desde que se publica y divulga la sentencia de 9 de mayo de 2013 las prácticas seguidas para la incorporación de las cláusulas suelo a los contratos ya no están amparadas por la "buena fe" a la que se alude en dicha sentencia, por lo que si las entidades financieras la aplican han de restituir lo indebidamente percibido. Pero no se les impone, con ello, un deber de revisar las cláusulas, sino solo asumir las consecuencias que se deriven de su aplicación. No valora la buena o mala fe de las entidades financieras por su conducta frente a las pretensiones de las partes, sino que excluye la justificación de la irretroactividad de los efectos derivados de la nulidad de la cláusula con posterioridad al 9 de mayo de 2013, por falta de uno de los fundamentos en los que se basó esta última sentencia para fijar la irretroactividad.

Si se entremezcla el concepto de buena fe en diferentes planos y contextos se puede llegar a situaciones incoherentes. Así, por ejemplo, toda anulación de un contrato por vicios del consentimiento por error inducido por el demandado conllevarían la condena en costas de este, aunque se allanara sin haber sido previamente requerido; y la inclusión de cláusulas abusivas supondría la inmediata condena en costas de quien las introdujo, aun cuando se allanara a la demanda sin haber tenido conocimiento previo de la pretensión impugnatoria del prestatario.

En este caso, como se ha indicado, la cláusula suelo, por su contenido, es válida, no consta que la demandada tuviera conocimiento de las pretensiones del prestatario o que sospechara de ellas, tampoco tiene obligación alguna de revisar todos los clausulados de sus contratos para efectuar un control de transparencia, y bajo ningún concepto podemos efectuar una previsión de prosperabilidad del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por este tribunal de apelación que declara la nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia. Diferente sería, por ejemplo, que la sentencia dictada por este tribunal llegara a ser firme y la demandada no revisara sus clausulados. Aunque no podemos -ni debemos- pronunciarnos sobre cuestiones futuras, es obvio que, al menos, como punto de partida, la buena fe de la entidad financiera sí podría quedar en entredicho -salvo justificación- si se anularan de manera generalizada las cláusulas suelo incorporadas a los préstamos por ella comercializados y no procediera a su revisión; como ya se ha indicado esta afirmación es solo un apunte para explicar la diferencia entre la conducta actual de la demandada y una hipotética conducta que pudiera justificar mala fe en el allanamiento (reiteramos que lo expuesto es solo para destacar la inexistencia de mala fe en el caso que nos ocupa y sin prejuzgar actuaciones futuras).

#### **CUARTO** .- Costas.

Conforme dispone el artículo 398 de la LEC , en su apartado 1, cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394. Y en el artículo 394.1 se establece que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho, como ocurre en este caso en el que existe una divergencia de criterio relevante entre las sentencias de los jueces de primera instancia de la provincia, e incluso entre resoluciones de Audiencias Provinciales.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

#### **FALLAMOS**

Se DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por D. Moises y Lidia contra la sentencia de fecha 2 de junio de 2016 , dictada en los autos ya reseñados, y, en su consecuencia, se CONFIRMA la precitada resolución, sin expresa condena de ninguna de las partes al pago de las costas generadas por el recurso de apelación.

Se declara perdido el depósito que pudiera haberse constituido por la parte recurrente, al que se dará el destino legalmente previsto.

Notifíquese esta resolución a las partes y llévase el original al libro correspondiente, y remítanse las actuaciones al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para continuar con su sustanciación.



**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso de casación y por infracción procesal, en su caso, se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO DE SANTANDER, S.A., en la cuenta de este expediente 2121 0000.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ