PECULIARIDADES EN EL RÉGIMEN DE IMPOSICIÓN DE COSTAS EN LOS PROCESOS DE NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS DE ESCRITURAS DE HIPOTECA

Mª José Achón Bruñén
Doctora en Derecho Procesal

SUMARIO: El coste del proceso preocupa especialmente a los consumidores que inician un proceso por cláusulas hipotecarias abusivas. No obstante, en estos procedimientos existen especialidades en el régimen de imposición de costas que les benefician, toda vez que la Directiva 93/13/CEE se opone a que las normas que regulan esta materia hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la misma les confiere.

En el presente artículo, con base en un estudio detallado de la jurisprudencia y de la doctrina del TJUE, se ponen de manifiesto las peculiaridades existentes en materia de costas en los procesos de condiciones generales de la contratación por cláusulas hipotecarias abusivas, analizando las distintas situaciones que pueden plantearse.

PALABRAS CLAVE: costas, dudas de hecho o de derecho, temeridad, estimación sustancial, acumulación subsidiaria, desistimiento, allanamiento.

ÍNDICE:

I.-Improcedencia de apreciar dudas de hecho o de derecho para no imponer las costas a la entidad bancaria

II.- Problemática acerca de si deben imponer las costas a la entidad bancaria cuando se declare la nulidad de la cláusula abusiva pero se rebaje el importe reclamado

1.- Doctrina de la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 en materia de costas: polémica acerca de su contradicción con el art. 394.2 de la LEC

2.-Supuestos en que resulta conflictivo si la estimación de la demanda ha sido parcial

A.-Estimación total de la pretensión subsidiaria ejercitada en la demanda (en la que se reclama un menor importe) que en la pretensión principal

B.-Desistimiento del consumidor en la audiencia previa a parte de lo reclamado y estimación en la sentencia de todo lo que solicita

III.- Allanamiento del demandado antes de contestar a la demanda

1.- Discrepancia acerca de si se puede declarar la mala fe del demandado cuando el consumidor le ha efectuado un requerimiento previo a la demanda que no coincide plenamente con lo reclamado en esta

2.-Allanamiento del recurrido/demandado en el recurso de apelación o casación: no imposición de costas en el recurso

3.-Requerimiento extrajudicial no articulado conforme al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero: problemática acerca de su validez a efectos de costas

I.-Improcedencia de apreciar dudas de hecho o de derecho para no imponer las costas a la entidad bancaria

La existencia de serias dudas de hecho o de derecho supone una excepción al principio del vencimiento objetivo que, en tanto permite la no imposición de las costas a la parte vencida (art. 394.1 de la LEC), **se ha de limitar al máximo en los procesos de cláusulas abusivas en aras de no vulnerar el *principio de no vinculación*,** conforme al cual cuando se declara abusiva una cláusula contractual los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a aplicar todas las consecuencias que, según el derecho nacional, se deriven de ello a los efectos de que el consumidor no resulte afectado con el fin de restablecer la situación de hecho y de derecho que se habría dado de no haber existido dicha cláusula.

El Tribunal Supremo[1] ha considerado que 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. Se produciría un efecto disuasorio inverso, toda vez que 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. Según el TS, 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 supone un obstáculo para la aplicación de este principio.

El TS en la sentencia del Pleno, 419/2017, de 4 de julio, Recurso 2425/2015 (SP/SENT/909632) (*dictada con ocasión del cambio de jurisprudencia en relación a la retroactividad total de los efectos restitutorios de la cláusula suelo motivada por la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016*), aunque reconoció que en el Acuerdo de 27 de enero de 2017 de dicho Tribunal sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal se prevé que el carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial pueda tomarse en consideración para resolver sobre las costas y, asimismo, recuerda que dicho carácter sobrevenido se había valorado en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero, que fue la primera que ajustó la doctrina jurisprudencial a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016; **concluye que si el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias anteriores, por resultar operante durante su tramitación, una doctrina**

[1] SSTS, Pleno, 419/2017, de 4 de julio, Recurso 2425/2015 (SP/SENT/909632) y 472/2020 de 17 Sep. 2020, Rec. 5170/2018.

distinta a la que finalmente había sido fijada por el TJUE, 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.

En casos de cambio de criterio jurisprudencial a causa de un pronunciamiento del TJUE, después de dictarse sentencia en las instancias pero pendiente el recurso de casación, el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor y al de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias se impongan al banco demandado[2]. En esta sentencia en aras de sentar un criterio sobre las costas de las instancias para todos los casos similares, el TS declara que estas deben imponerse a la entidad bancaria: en primer lugar, porque el pronunciamiento afecta directamente a un consumidor que vence en el litigio y, en segundo lugar, porque el cambio de doctrina jurisprudencial se debe a una sentencia del TJUE que se funda esencialmente en el derecho de los consumidores a no estar vinculados por una cláusula abusiva (art. 6, apdo. 1, de la Directiva 93/13). El TS se pronuncia en el mismo sentido en otras sentencias [554/2017, de 11 de octubre (rec. 258/2017) (SP/SENT/921688) y 77/2019, de 5 de febrero, (recurso 2530/2016) (SP/SENT/988926)].

Asimismo, el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en la Sentencia 3/2018, de 10 de enero (rec. 1448/2015), impone las costas de apelación a la entidad bancaria a pesar de haber consignado la cantidad adeudada, puesto que la consignación no fue aceptada por los prestatarios ni existía una resolución que la tuviera por bien hecha. Según esta sentencia, no le es reprochable al consumidor no aceptar un ofrecimiento de pago que no cubra los gastos derivados de su defensa y representación porque no se restablecería la situación en la que se encontraría de no haber mediado la cláusula nula.

Por lo demás, la reciente STS, Sala 1ª en Pleno, 472/2020 de 17 Sep. 2020 (rec. 5170/2018) considera que **en caso de estimación total de la demanda no procede apreciar dudas de derecho en litigios sobre cláusulas abusivas**. El TS en esta sentencia deja sin efecto el pronunciamiento sobre las costas de primera instancia y, en su lugar, condena al Banco demandado al pago de las mismas, revocando el pronunciamiento de apelación según el cual: *"Las dudas de derecho sobre la normativa aplicable a los préstamos hipotecarios en divisa, resueltas en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, lleva a no hacer expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias"*

---

[2] No obstante, en esta sentencia tres Magistrados formularon voto particular defendiendo la inaplicación del principio de vencimiento objetivo en caso de cambio sobrevenido de jurisprudencia y entendiendo que no se ve afectado el principio de efectividad de la UE por la no imposición de costas en estos supuestos al existir serias dudas de derecho.

II.- Problemática acerca de si deben imponer las costas a la entidad bancaria cuando se declare la nulidad de la cláusula abusiva pero se rebaje el importe reclamado

Cuando un consumidor inicia un proceso ordinario de condiciones generales de la contratación, solicitando la abusividad de una o varias cláusulas de su escritura de hipoteca e interesando la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por su aplicación, **resulta problemático si en caso de que se declare su nulidad, pero no se reconozca al consumidor el derecho a recibir todo el importe reclamado, se debe condenar en costas a la entidad bancaria o, por el contrario, no debe existir condena en costas, pagando cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad**.

Conforme a lo previsto en el art. 394.2 de la LEC, si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Tan solo existen dos vías para condenar en costas a una parte, cuales son: *considerar que el vencimiento es sustancial o apreciar en la sentencia que ha obrado con temeridad.*

Respecto de la **temeridad**, es un concepto más amplio que la mala fe y precisa un juicio de valor de la conducta extraprocesal del demandado en orden a comprobar, no ya si obró con malicia, sino si con su injustificada actitud -meramente culpable o negligente- provocó y obligó al actor a interponer la demanda y, en definitiva, si fue su conducta preprocesal la causante del pleito, teniendo especial importancia a estos efectos la existencia de previos requerimientos extrajudiciales por parte del actor, así como la homogeneidad o identidad entre lo pedido en la demanda y lo reclamado extraprocesalmente[3].

En este sentido, la SAP de Girona, Sec. 1.ª, 185/2019, de 13 de marzo, recurso 1238/2018 (SP/SENT/998067) considera que la entidad bancaria demandada debió haber suprimido la cláusula abusiva ofreciendo la cantidad que era procedente en atención a la jurisprudencia, pues ante la reclamación extrajudicial, la más mínima buena fe exigía una propuesta de pago, por lo que al no haber actuado de tal forma, y negarse a pagar cantidad alguna, obligando al consumidor a acudir a los Tribunales y a reclamar la nulidad de la cláusula de gastos, a la que se opuso la entidad bancaria sin fundamento

[3] En la SAP de Ávila, Sec. 1.ª, 115/2020, de 26 de febrero Recurso 48/2020 (SP/SENT/1047198) se considera procedente la imposición de costas a la entidad bancaria, con declaración expresa de temeridad, en un caso en que existiendo reclamación extrajudicial de la demandante para la devolución de cantidades por cláusula suelo, la entidad bancaria hizo oferta a la baja resultando en el pleito condenado al doble.

alguno, se considera que a pesar de la estimación parcial de la demanda, deben ser impuestas las costas a la demandada[4].

En similares términos, la SAP Burgos, Sec. 3.ª, 609/2019, de 5 de diciembre, Recurso 471/2019 (SP/SENT/1041801), recuerda que el art. 394.2 de la LEC permite imponer las costas al demandado, a pesar de la estimación parcial, si este ha obrado con temeridad. Se considera que el banco demandado se comportó temerariamente dado que se opuso de forma frontal a la anulación por abusiva de la cláusula de gastos, obviando que la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 la había declarado nula por abusiva en los préstamos hipotecarios, y con tal comportamiento, obligó al prestatario a promover un juicio declarativo, afrontando gastos de abogado y procurador, para reclamar lo que le era debido, cuando el banco demandado bien podía haber reconocido la nulidad de la cláusula de gastos y centrado su oposición en los gastos a restituir, cuestión que se podía haber dirimido en un juicio verbal en atención a la cuantía reclamada, y sin necesidad de afrontar los gastos de abogado y procurador dado que la suma reclamada era inferior a 2.000 euros.

A su vez la SAP Salamanca, Sec. 1.ª, 227/2019, de 5 de mayo, Recurso 109/2018 (SP/SENT/1013609) declara que en aquellos casos en que se recurre la sentencia de instancia cuando ya está fijado el criterio del Tribunal Supremo sobre los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos, se puede condenar en costas al prestamista en base a manifiesta temeridad.

Otro supuesto en que también procede imponer las costas a la entidad demandada es cuando la estimación de la demanda ha sido sustancial. Según el Tribunal Supremo[5] dicha apreciación conlleva la existencia de un "*cuasi-vencimiento*", lo que ocurre cuando existe una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido, es decir, cuando se obtiene una victoria que no es total, pero casi completa[6].

---

[44] En parecidos términos: SAP de Girona, Sec. 1.ª, 115/2019, de 19 de febrero, Recurso 1017/2018 (SP/SENT/991724).

[5] STS, Sala Primera, de lo Civil, 739/2007, de 15 de junio, recurso 2643/2000 (SP/SENT/123398); 715/2015, de 14 de diciembre; 51/2018, de 31 de enero de 2018 recurso e2542/2015.

[6] Cfr. FRAGA MANDIÁN, A. "La declaración de nulidad de la cláusula de gastos de la escritura hipotecaria con devolución de un porcentaje o solo de parte de los gastos reclamados, ¿es estimación parcial o sustancial a efectos de costas?". Encuesta Jurídica. Coordinador: Miguel Guerra Pérez. B*ase de datos Sepín.* Septiembre 2019 (SP/DOCT/83007). Según este autor, de pretenderse la nulidad por abusividad de varias cláusulas, el rechazo de alguna de ellas habría de suponer una estimación parcial, salvo que se pretendiera la nulidad de una cantidad muy numerosa de cláusulas y solo fuera rechazada un número ínfimo o fuera una cláusula meramente accesoria respecto de otra que sí se acoge. Además, si se declara la nulidad de una cláusula pero las cantidades reclamadas por su aplicación se minoran significativamente, también debería entenderse que estamos ante una estimación parcial.

El problema es que en materia de cláusulas abusivas no existe un criterio uniforme en nuestros tribunales respecto de lo que se puede considerar una estimación sustancial:

Un sector de la jurisprudencia menor considera que si se declara la nulidad de la cláusula abusiva, aunque no se reconozca al consumidor la devolución de todas las cantidades reclamadas, se deben imponer las costas a la entidad bancaria demandada dado que el abono de estas cantidades es un aspecto meramente accesorio puesto que la pretensión principal de nulidad de la cláusula abusiva obtiene pleno éxito, siendo únicamente parcial la pretensión subordinada relativa a los efectos de esa nulidad.

En este sentido, la SAP de Palencia, Sec. 1.ª, 221/2018, de 23 de mayo, recurso 228/2018 (SP/SENT/964869) condena en costas a la entidad bancaria, a pesar de no acordar la devolución al prestatario del IAJD, con el argumento de que la condena en costas a la entidad bancaria favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión.

Lo mismo ocurre en la SAP de Ávila, Sec. 1.ª, 300/2018, de 5 de diciembre, recurso 322/2018 (SP/SENT/987892) y ello aun cuando la cantidad reclamada en la demanda era de 3.305,44 € y solo se conceden 1.677,94 €.

Asimismo, la SAP de Vizcaya, Sec. 4.ª, 716/2017, de 17 de noviembre, recurso 541/2017 (SP/SENT/943891) entiende que existe una estimación sustancial de la demanda dado que se solicita la nulidad de dos cláusulas y ambas se acogen, a pesar de que se interesa la condena a la devolución de 917 € y se conceden 625 €, y en parecidos términos se pronuncian otras resoluciones[7].

---

[7] En la SAP Palencia, Sec. 1.ª, 37/2020, de 6 de febrero, Recurso 7/2020 (SP/SENT/1048445) se condena en costas a la entidad bancaria en un caso en que la pretensión principal: la nulidad de varias cláusulas abusivas, obtiene pleno éxito (cláusula-suelo y cláusula financiera), siendo únicamente parcial la pretensión subordinada relativa a los efectos de una de esas nulidades, debiendo primar de forma esencial el derecho de los consumidores a no estar vinculados por una cláusula abusiva (art. 6, apdo. 1, de la Directiva 93/13). Procede reseñar que en este caso se imponen las costas al banco demandado a pesar de que el actor en la audiencia previa desistió a parte de lo reclamado.

En la SAP Cádiz, Sec. 5.ª, 152/2020, de 25 de febrero, Recurso 1355/2017(SP/SENT/1047526) se considera que aunque se haya reducido la cantidad a abonar por el banco, dado que se declararon nulas las cláusulas de intereses de demora y la de gastos, dicha nulidad es de más importancia o trascendencia que la mera devolución de una pequeña cantidad, por lo que se entiende que ha existido una estimación sustancial de la demanda, a efectos de imposición de las costas de la instancia.

En parecidos términos se pronuncian: SSAP de Álava, Sec. 1.ª, 151/2018, de 19 de marzo, recurso 85/2018 (SP/SENT/963765); Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4.ª, de 3 de abril y 20 de abril de 2018; Palencia, de Sec. 1.ª, 221/2018, de 23 de mayo, recurso 228/2018 (SP/SENT/964869); Álava, Sec. 1.ª, 698/2018, de 7 de diciembre, recurso 539/2018 (SP/SENT/992454); Álava, Sec. 1.ª, 704/2018, de 10 de diciembre, recurso 572/2018 (SP/SENT/991700); Lleida, Sec. 2.ª, 46/2020, de 17 de enero, Recurso 42/2019

No obstante, esta tesis no resulta pacífica y otro sector de la jurisprudencia menor entiende que si bien formalmente pudiera considerarse la acción de nulidad de la cláusula abusiva como principal, y los efectos de la misma (restitución de lo indebidamente pagado) como una mera consecuencia de la declaración de nulidad; tal restitución constituye realmente el verdadero objeto de procedimiento y, cuando existe una desestimación cuantitativa y cualitativa, se ha de considerar que estamos ante un supuesto de estimación parcial[8].

A nuestro juicio esta tesis resulta más ajustada a derecho que la primera expuesta, ya que **la mera estimación de la acción de nulidad de la cláusula abusiva no debe llevar aparejada una condena en costas de la demandada si las sumas que en concreto se reclaman no son estimadas sustancialmente.**

Como declara la SAP de La Rioja, Sec. 1.ª, 91/2020, de 25 de febrero, Recurso 938/2018 (SP/SENT/1047336), la solución de entender que basta simplemente la estimación de la acción de nulidad de la cláusula para considerar que la demanda ha sido estimada sustancialmente y que, por tanto, procede imponer las costas al demandado aun cuando la reclamación dineraria se haya rebajado, puede conducir a situaciones en las que, al amparo de la acción de nulidad, se realicen reclamaciones dinerarias sin

---

(SP/SENT/1037551); Palencia, Sec. 1.ª, 37/2020, de 6 de febrero, Recurso 7/2020 (SP/SENT/1048445); 62/2020, de 26 de febrero Recurso 476/2019 (SP/SENT/1046866) 67/2020, de 27 de febrero, Recurso 544/2019 (SP/SENT/1050210); Ávila, Sec. 1.ª, 157/2020, de 11 de marzo, Recurso 50/2020 (SP/SENT/1050165); Ávila, Sec. 1.ª, 160/2020, de 11 de marzo, Recurso 29/2020 (SP/SENT/1050595); Ávila, Sec. 1.ª, 173/2020, de 24 de marzo, Recurso 110/2020 (SP/SENT/1050089).

Asimismo, en este sentido: RIBÓN SEIS DEDOS, E. “Desarrollo procesal: Costas”. *Base de datos Sepín*. Junio 2018 (SP/DOCT/75751).

[8] En la SAP de Valladolid, Sec. 3.ª, 244/2020, de 15 de mayo, Recurso 722/2019 (SP/SENT/1057294).

En los mismos términos se pronuncia la SAP de Valladolid, Sec. 3.ª, 117/2020, de 21 de febrero, Recurso 583/2019 (SP/SENT/1047427). Esta sentencia merece ser objeto de especial mención porque el demandante en el suplico de la demanda solicitó la condena a "*restituir a la actora las cantidades que esta abonó indebidamente*...", sin precisar el importe reclamado, que en el acto de la audiencia previa adecuó a los criterios de la jurisprudencia. Sin embargo, la AP entiende que de la propia redacción de la demanda se infiere que está reclamando "todas" las cantidades que considera abonó indebidamente por gastos hipotecarios, y estas vienen detalladas en él Hecho Quinto de la demanda por un importe de 1.184,85 euros, que coincide con la cantidad y por los conceptos que fueron solicitados en la reclamación extrajudicial, por lo que la diferencia entre dicho importe y lo reconocido en la sentencia (665 euros), es decir, menos de un 50%, es suficientemente relevante para considerar que estamos ante un supuesto de estimación parcial de la demanda, teniendo en cuenta que la restitución económica constituye realmente el verdadero objeto del procedimiento, tanto de la pretensión como de la oposición.

fundamento, sobre la idea de que aunque sean rechazadas, se impondrán las costas al demandado[9].

En este mismo sentido, la SAP de León, Sec. 1.ª, 116/2020, de 20 de febrero, Recurso 913/2019 (SP/SENT/1046369) considera que la mera declaración de nulidad de la cláusula gastos no es lo que en realidad interesa al consumidor sino que su interés radica en la restitución de las sumas abonadas, aunque para ello sea preciso declarar la nulidad de la cláusula. En esta sentencia se considera que dado que no se conceden al consumidor parte de los gastos hipotecarios reclamados, y que la diferencia representa la desestimación de un importante interés económico, la estimación es parcial y no sustancial, lo que lleva a no imponer las costas a ninguna de las partes.

En la SAP Barcelona, Sec. 15.ª, 785/2020, de 14 de mayo, Recurso 1576/2019 (SP/SENT/1051994) se declara que la estimación de la acción de nulidad no supone la estimación sustancial de la demanda, al haberse solicitado una acción restitutoria que solo en parte es acogida. En este caso concurre la circunstancia de que la parte actora adecuó su reclamación durante la audiencia previa renunciando a algunos conceptos inicialmente interesados en la demanda, sin que la parte demandada mostrara su conformidad respecto del desistimiento parcial precisamente en cuanto a la imposición de costas.

Por lo demás (y en sentido contrario a otras resoluciones[10]), en la SAP de Baleares, Sec. 5.ª, 350/2018, de 18 de julio, Recurso 203/2018 (SP/SENT/973443) se entiende que la desestimación de la petición de reintegro del importe abonado por la actora en concepto de IAJD es de la suficiente entidad cualitativa y cuantitativa para considerar que una de las pretensiones de la parte actora no ha sido atendida, con lo que la estimación de la demanda se considera parcial y no sustancial[11]. Asimismo, en la

---

[9] Igual criterio mantiene la SAP de Valladolid, Sec. 3.ª, 12/2019, de 14 de enero, recurso 386/2018 (SP/SENT/990076) que no impone las costas al banco, por entender que existe una estimación parcial de la demanda, dado que no solo se solicitaba la nulidad de dos cláusulas contractuales (gastos hipotecarios e intereses moratorios) sino también el abono por parte de la entidad demandada de la totalidad de los gastos habidos (1700 €) y la suma finalmente obtenida fue 409,44 €.

En el mismo sentido se pronuncian las SSAP de Badajoz, Sec. 2.ª, 146/2020, de 20 de febrero, Recurso 396/2019 (SP/SENT/1047371); Ciudad Real, Sec. 2.ª, 194/2020, de 11 de marzo, Recurso 867/2019 (SP/SENT/1049717); Ourense, Sec. 1.ª, 82/2020, de 12 de marzo, Recurso 397/2019 (SP/SENT/1049822).

[10] SAP de Palencia, Sec. 1.ª, 221/2018, de 23 de mayo, recurso 228/2018 (SP/SENT/964869).

[11] En igual sentido, la SAP de Badajoz, Sec. 2.ª, 417/2018, de 18 de septiembre, recurso 904/2018 (SP/SENT/978189) considera: "*Es criterio reiterado de esta Sala el que la desestimación, en la demanda rectora, de la pretensión relativa al pago del prestatario del IAJD, es pretensión autónoma e independiente, aún inserta dentro de la cláusula gastos, y por tanto, equivale, aún estimadas el resto de pretensiones, a una estimación*

Jornada de unificación de criterios jurisprudenciales de la Comunidad Autónoma de la Rioja de 1 de junio de 2018 se concluye que si se excluye la suma reclamada por el IAJD (que es la partida de mayor importe), la estimación de la demanda solo es parcial, por lo que no debe haber pronunciamiento en costas.

En la SAP Valladolid, Sec. 3.ª, 85/2020, de 13 de febrero, Recurso 729/2019 (SP/SENT/1049155) se considera que aunque es cierto que se ha estimado la acción declarativa de nulidad de la cláusula relativa a los gastos hipotecarios, los efectos restitutorios económicos que en la demanda pretendían anudarse a la declaración de nulidad de dicha cláusula, ascendían a 547,89 euros, mientras que los que finalmente se conceden son 350,41 euros, es decir, se reduce lo inicialmente reclamado en más de un 36 %, lo que supone una estimación parcial que ha de conllevar que no se haga expresa imposición de las costas de primera instancia[12].

Distinto es el caso de que solo se solicite la nulidad de la cláusula, pero no la devolución de las cantidades indebidamente abonadas por su aplicación, dado que en este supuesto se ha de entender que la estimación es total. Esta opción es perfectamente legítima, debiendo considerarse que la acción ejercitada es meramente declarativa y que la estimación de la demanda es íntegra, por lo que procede la imposición de las costas a la parte demandada conforme al art. 394.1 LEC [SAP Zaragoza,

---

parcial a los efectos del pronunciamiento sobre costas procesales y aplicación del artículo 394 de la LEC".

La SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, 445/2019, de 24 de julio, Recurso 212/2019 (SP/SENT/1020513) entiende que no se puede considerar que exista una estimación sustancial de la demanda al haberse desestimado la pretensión de declaración de nulidad de la cláusula de comisión de apertura, con su consiguiente efecto restitutorio, y haberse reducido notablemente la pretensión de condena en relación a la cláusula de gastos, que inicialmente también comprendía el importe abonado por el IAJD.

[12] En la SAP Badajoz, Sec. 2.ª, 74/2020, de 29 de enero, Recurso 756/2018 SP/SENT/1049022 se declara que aunque el fallo manifiesta que la demanda se estima íntegramente, en realidad, de los fundamentos de derecho de la Sentencia, se desprende que no es así, pues solo se acoge, en su integridad, la primera de las pretensiones (acción de nulidad de la cláusula de gastos y vencimiento anticipado), pero la pretensión segunda solo se estimó en parte (reconociéndose, de un total de 3.211,12 €; reclamados, únicamente el derecho a percibir 896,30 €); denegándose, además, que hubiera enriquecimiento injusto o incumplimiento contractual que hubiera generado daños y perjuicios al otro contratante, por ello se estima que no deben imponerse las costas de primera instancia a la entidad bancaria.

En las SSAP de Cáceres, Sec. 1.ª, 262/2019, de 26 de abril, Recurso 578/2018 (SP/SENT/1008395); Zamora, Sec. 1.ª, 287/2019, de 9 de septiembre, Recurso 147/2019 (SP/SENT/1023512); Cáceres, Sec. 1.ª, 134/2020, de 17 de febrero, Recurso 1056/2018 (SP/SENT/1048903); Cáceres, Sec. 1.ª, 168/2020, de 27 de febrero, Recurso 1049/2018 (SP/SENT/1046532) no se considera estimación sustancial la reducción de las cantidades reclamadas en la demanda en un tercio, por lo que no se imponen las costas a la entidad bancaria.

Sec. 5.ª, 149/2020, de 18 de febrero, Recurso 1231/2019 (SP/SENT/1044723)]

Además, **también se considera que la estimación es sustancial cuando se interesa la nulidad de varias cláusulas y solo se reduce la cantidad reclamada en virtud de la aplicación de alguna de ellas**. En este sentido, la SAP La Rioja, Sec. 1.ª, 89/2020, de 24 de febrero, Recurso 928/2018 (SP/SENT/1046892) aunque no impone las costas a ninguna de las parte, dado que la estimación de la demanda lo fue en menos de una cuarta parte, como "*obiter dictum*" declara que si, además de la cláusula de gastos, se hubiera solicitado la nulidad por abusividad de otras condiciones generales (por ejemplo, intereses de demora, o cláusula suelo) cuya declaración de nulidad hubiera sido finalmente estimada, la reclamación dineraria aparejada a la pretensión de nulidad de la cláusula de gastos solo sería una de las varias pretensiones suscitadas, de suerte que podría ser perfectamente factible que pese a no haberse reconocido en la sentencia la devolución de todos los gastos pretendidos en la demanda, la estimación de la misma, evaluada globalmente, fuera sin embargo sustancial y no parcial (con la consiguiente consecuencia en materia de costas).

En parecidos términos, la SAP Tarragona, Sec. 1.ª, 222/2020, de 12 de mayo, Recurso 252/2019 (SP/SENT/1052311) considera que dado que se declara la nulidad de otras condiciones generales, con indudable repercusión económica, como la cláusula suelo, que es íntegramente acogida, pese a no haberse admitido la devolución de todos los gastos hipotecarios reclamados, la estimación de la demanda es sustancial[13].

1.- Doctrina de la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 en materia de costas: polémica acerca de su contradicción con el art. 394.2 de la LEC

La sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 (auntos acumulados C-224/19 y C-259/19) declara que la distribución de las costas de un proceso

[13] En similar sentido: SAP de Jaén, Sec. 1.ª, 1185/2019, de 10 de diciembre, Recurso 1261/2018 (SP/SENT/1038814) considera que cuando una de las acciones acumuladas tiene un elevado contenido económico, como es el caso de la cláusula suelo, y su nulidad es estimada íntegramente, se produce una estimación sustancial de la demanda que conlleva la imposición de costas a la parte vencida.

En iguales términos: SAP Lleida, Sec. 2.ª, 98/2020, de 6 de febrero, Recurso 939/201(SP/SENT/1038509): "*Pese a que la condena de pago se ve reducida por la estimación parcial del recurso, atendiendo al hecho de que se estima totalmente la demanda en cuanto a la declaración de nulidad de dos cláusulas contractuales, rebajándose las consecuencias de la declaración de la nulidad de la cláusula gastos, considerando que se efectuó una reclamación extrajudicial que no fue atendida por el Banco, y la postura adoptada en el proceso por la ahora apelante que se ha opuesto a la declaración de nulidad de las cláusulas impugnadas, debemos apreciar que, a efectos del pronunciamiento sobre las costas, ex art. 394 LECivil, la demanda se ha estimado sustancialmente, y procede mantener su imposición a la Entidad bancaria*"

judicial pertenece a la esfera de la autonomía procesal de los Estados miembros siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad. Con base en dicha afirmación, entiende necesario pronunciarse sobre la cuestión de si es compatible con el principio de efectividad que no se condene en costas a la entidad bancaria prestamista cuando al consumidor no se le restituyan todas las cantidades que haya reclamado aunque se haya estimado su pretensión en relación con el carácter abusivo de la cláusula impugnada.

Finalmente, concluye que condicionar el resultado de la distribución de las costas de un proceso de esta índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas, y cuya restitución se ordena, puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho. A tales efectos considera que: "*El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales"*.

Con base en la doctrina del TJUE, procede preguntarse si los pleitos en que se solicita la nulidad de cláusulas abusivas van a constituir una excepción a lo establecido en el art. 394.2 de la LEC en caso de estimación parcial de la demanda o, lo que es lo mismo, si en estos se deberán imponer las costas al profesional aun cuando no se reconozca al consumidor la devolución de todo lo reclamado en virtud de la aplicación de una cláusula declarada abusiva.

En sentido afirmativo se han pronunciado algunas sentencias; así, la SAP Lleida, Sec. 2.ª, 514/2020, de 21 de julio, Recurso 959/2018 (SP/SENT/1066424) considera que, tras la STJUE de 16 de julio de 2020, desaparece el criterio del vencimiento objetivo como base de determinación de las costas en pleitos de cláusulas abusivas para pasar a un régimen propio de la normativa protectora de consumidores.

En los mismos términos la SAP León, Sec. 1.ª, 517/2020, de 31 de julio, Recurso 159/2020 (SP/SENT/1065606) impone las costas a la entidad bancaria en un caso en que estima la demanda de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos hipotecarios, pero no estima en su integridad la acción de restitución. En esta sentencia se considera que la reciente decisión del TJUE de 16 de julio de 2020 obliga a modificar el criterio sustentado por ese tribunal en materia de costas en procesos de cláusulas abusivas, como consecuencia del efecto vinculante inmediato que se impone, no solo sobre el órgano promotor de la cuestión sino también sobre cualquier otro órgano judicial de cualquier Estado miembro, efecto

que tiene no solo el fallo sino también la fundamentación jurídica de la sentencia.

Asimismo, la SAP Ciudad Real, Sec. 1.ª, 501/2020, de 23 de julio, recurso 84/2019 (SP/SENT/1066110) entiende que, tras la STJUE de 16 de julio de 2020, procede considerar que la declaración de abusividad de la cláusula de imposición indiscriminada de gastos hipotecarios al consumidor supone una estimación de la pretensión, con independencia de la rebaja de alguna o algunas de las cantidades reclamadas, dado que la acción principal es la que busca la declaración de nulidad.

En la sentencia de la AP Lleida, Sec. 2.ª, 536/2020, de 24 de julio, Recurso 455/2019. (SP/SENT/1062153) también se condena en costas a la entidad bancaria en un caso de estimación parcial, pero aunque menciona la doctrina de la STJUE de 16 de julio de 2020, la condena obedece a que considera que la estimación es sustancial, ya que se ha ejercitado la acción de nulidad de tres clausulas y las tres han sido declaradas nulas y una de ellas (que es la relativa a la cláusula suelo) tiene entidad suficiente por si sola para considerar que hay una estimación sustancial.

No obstante, la cuestión no resulta pacífica; así, la SAP de SAP Ciudad Real, Sec. 1.ª, 114/2020, de 27 de febrero, Recurso 710/2019 (SP/SENT/1050685), aunque anterior a la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, ya declaró que no era procedente la aplicación de la doctrina jurisprudencial europea sobre la imposición de costas y la defensa del consumidor cuando la diferencia entre los solicitado y lo concedido es importante.

En este mismo sentido la SAP Girona, Sec. 1.ª, 1037/2020, de 27 de julio, Recurso 1032/2019 (SP/SENT/1060689), dictada con posterioridad a la STJUE de 16 de julio de 2020, declara que: "*Acierta el Juez a quo cuando en este caso no impone las costas a la demandada y ello con base en la estimación parcial de la demanda que rechaza una de las peticiones contenidas en la demanda al declarar válida la comisión de apertura, pronunciamiento que no ha sido recurrido".*

En la SAP de Albacete, Sec. 1.ª, 403/2020, de 24 de julio, Recurso 555/2019 (SP/SENT/1065119) tampoco se imponen las costas a la entidad bancaria al considerar que existe estimación parcial de la demanda cuando se declara la nulidad de la cláusula de gastos, pero la reclamación económica se estima tan solo en un 46%, por lo que cada parte soporta las costas causadas a su instancia. Se entiende que la reclamación económica no puede considerarse una pretensión accesoria, pues constituye -al margen de su articulación procesal- una petición principal y fundamental desde la perspectiva económica del proceso.

En el mismo sentido parte de la doctrina[14] considera que ni por vía de la interpretación de la Directiva 93/13 ni por la fuerza de la doctrina del TJUE, los Jueces nacionales españoles pueden abolir las normas de Derecho interno, como son las que regulan la no imposición de costas a ninguna de las partes, salvo temeridad en los casos de vencimiento parcial (art. 394.2 de la LEC). Se entiende que la tesis del TJUE no es justa, al otorgar un privilegio a uno de los litigantes en materia de distribución de costas por la mera circunstancia de su condición de consumidor, y con claro perjuicio para el empresario que ve acogida parcialmente su pretensión.

Por nuestra parte, compartimos este criterio dado que la mera estimación de la acción de nulidad de la cláusula abusiva no debe llevar aparejada una condena en costas de la demandada si entre la cantidad reclamada y la concedida hay una importante diferencia porque ello puede conducir a situaciones en las que, al amparo de la acción de nulidad, se realicen reclamaciones dinerarias sin fundamento, sobre la idea de que aunque sean rechazadas, se impondrán las costas al demandado. **Como mucho, la sentencia de la Corte de Luxemburgo de 16 de julio de 2020 podría amparar que nuestros tribunales fueran más benévolos en la apreciación del carácter sustancial de la estimación de la demanda en este tipo de procesos, pero su doctrina no puede llevar a que se condene en costas con carácter sistemático a la entidad bancaria en cualesquiera casos de estimación parcial.**

Por lo demás, **tampoco consideramos oportuna una reforma del art. 394.2 de la LEC** para establecer una excepción a la no imposición de costas en casos de estimación parcial en procesos de cláusulas abusivas, y ello por los siguientes motivos:

En primer lugar, si en los procesos con consumidores la desestimación parcial de la demanda conllevara en todo caso la condena en costas al profesional demandado **se produciría una injustificada desigualdad respecto de otros pleitos** en que el demandante se encuentra obligado a acudir a los tribunales para defender sus legítimas pretensiones ajustando sus peticiones para evitar que, si son parcialmente desestimadas, no se impongan las costas al demandado.

En segundo lugar, pudiera ocasionar efectos indeseados que los consumidores conocieran que aunque iniciaran un proceso reclamando más de lo que les pudiera corresponder siempre se iba a condenar en costas al profesional demandado dado que ello **podría fomentar que se formularan peticiones al alza sin temor alguno a que fueran en parte rechazadas**.

En tercer lugar, una reforma en este sentido **podría aumentar la formulación de peticiones irresponsables junto con otras que en todo**

---

[14] *Cfr.* FRAGA MANDIÁN, A. "Consumidor versus artículo 394 de la LEC. A propósito de la STJUE de 16 de julio de 2020". Artículo Monográfico. *Base de datos Sepín.* Julio 2020. SP/DOCT/106745.

caso se sabe que van a prosperar, lo que aumentaría el trabajo de los Juzgados.

En cuarto lugar, **la Directiva 93/13 no prescribe la eliminación de todo riesgo para los consumidores cuando estos ejercitan sus derechos ante los Tribunales, sino que tan solo se opone a que las normas sobre costas hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que dicha Directiva les confiere**. La Comisión Europea en las Observaciones formuladas con ocasión de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, declaró que el ejercicio de acciones ante los tribunales conlleva inevitablemente (en mayor o menor medida) un cierto riesgo, siendo el mismo inherente a la naturaleza del sistema procesal.

Cuando se ejercitan conjuntamente una acción principal declarativa de nulidad de la cláusula y una acción accesoria de resarcimiento, la Comisión Europea entiende que la Directiva 93/13, interpretada a la luz del principio de efectividad, no exige en todo caso, y con independencia de la suerte que corra la acción de resarcimiento, que el juez nacional deba condenar en costas al profesional únicamente por hecho de que se declare la nulidad de una o varias cláusulas. A juicio de la Comisión, una reforma del art. 394 de la LEC no resulta necesaria, pues el criterio del vencimiento, tal y como se plasma en dicha norma, no parece *a priori* particularmente irrazonable ni disuasorio, máxime cuando el propio precepto permite a los jueces nacionales, bien exonerar de la condena en costas a consumidores demandados en casos jurídicamente dudosos bien imponer las costas a los profesionales si, a pesar de que el consumidor ha visto sus pretensiones estimadas parcialmente, se considera que han litigado con temeridad.

2.-Supuestos en que resulta conflictivo si la estimación de la demanda ha sido parcial

A.-Estimación total de la pretensión subsidiaria ejercitada en la demanda (en la que se reclama un menor importe) que en la pretensión principal

En los casos en los que el demandante ejercita pretensiones subsidiarias se entiende que cuando se estima íntegramente una de las pretensiones alternativamente acumuladas, procede la aplicación de la regla del vencimiento objetivo en cuanto no pueden en principio concederse las dos o más alternativas a la vez[15].

---

[15] STS, Sala Primera, de lo Civil, 532/2004, de 10 de junio, Recurso 1705/1998 (SP/SENT/117465): "*Lo que juega a efectos del vencimiento objetivo que autoriza a*

De todos modos, **en materia de cláusulas abusivas si en la demanda se interesa, además de una acción de nulidad, una pretensión de restitución por un cierto importe y otra subsidiaria por una cantidad inferior, la pretensión subsidiaria no ostenta la condición de tal.** No se trata de pedimentos alternativos referentes a un único debate, que devienen incompatibles en cuanto a la posibilidad de estimación -total o parcial- de las mismos, sino que, por el contrario, **se trata de peticiones sucesivas, que van de lo más a lo menos y por las que la parte actora lo que persigue de modo sutil, es que su demanda tenga éxito, aunque sea a base de ir renunciando a poco a determinados extremos,** al objeto de evitar el riesgo de que los mismos sean desestimados (SAP Ciudad Real, Sec. 2.ª, 194/2020, de 11 de marzo, Recurso 867/2019, SP/SENT/1049717).

Asimismo, la SAP de Baleares, Sec. 5.ª, 72/2019, de 7 de febrero, recurso 853/2018 (SP/SENT/992960) conoce de un supuesto en que en la demanda se solicitaba la declaración de nulidad, por abusivas, de las cláusulas contenidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria relativas a los gastos a cargo del prestatario y que como consecuencia de ello, se condenara a abonar las cuantías soportadas en concepto de aranceles de notario, de Registro, gastos de gestoría, gastos de tasación e IAJD y, subsidiariamente, lo mismo menos la reclamación de lo abonado por el IAJD. Es decir, se llega a una situación en la que uno de los cuatro conceptos por los que se solicita el reintegro es solicitado en la que se califica como pretensión principal, y no lo es en lo que se califica como petición alternativa, lo que es una construcción artificiosa para conseguir la estimación de alguna de las pretensiones y enmascarar de este modo una estimación parcial en una aparente estimación total. No es admisible en relación con una misma cuestión, afirmarla en la pretensión principal y negarla en una subsidiaria (que se afirma es alternativa), con la sola finalidad de que si se "acierta" con la subsidiaria se estime íntegramente la demanda.

En similar sentido se pronuncia la SAP de León de 19 de febrero de 2018 (Nº de Recurso: 22/2018, Nº de Resolución: 54/2018), en un caso en que en la demanda se solicita una pretensión de condena dineraria y, subsidiariamente, otra inferior, sobre la base de una misma pretensión básica: la nulidad de la cláusula de gastos. Según esta sentencia, **las peticiones son subsidiarias cuando proponen algo diferente a lo solicitado en la principal o fundado en acciones diversas y heterogéneas** (*v.gr. pedir la nulidad absoluta de un contrato por*

---

imponer las costas de primera instancia al demandado, es que la pretensión principal hubiera sido plenamente acogida, como ha sucedido en este supuesto, ya que al formular el actor peticiones principales junto a otras que se presentan alternativas o subsidiarias, permite al juzgador decidir por una u otra, y esto significa admisión total de la demanda (Sentencias de 29-10-1992, 16-11-1993 y 1-6-1994), ya que lo que resulta claro es que no concurre supuesto de estimación en parte de la demanda (Sentencia de 1-6- 1995)".

incumplimiento de normas imperativas y, subsidiariamente, su nulidad relativa por vicio del consentimiento), ya que así lo viene entendiendo el Tribunal Supremo (sentencias de 15 de junio, recurso 4655/2000; 9 de junio de 2006, recurso 3822/1999), **pero en este caso se está pidiendo lo mismo pero distinto importe.**

Idéntico criterio mantiene la SAP Baleares, Sec. 5.ª, 123/2020, de 27 de febrero, Recurso 1057/2019 (SP/SENT/1047402) que considera que **se trata de una improcedente manera de evitar torticeramente la aplicación del artículo del art. 394.2 de la LEC en supuestos de estimación parcial**

B. Desistimiento del consumidor en la audiencia previa a parte de lo reclamado y estimación en la sentencia de todo lo que solicita

Procede preguntarse si en caso de que se hayan estimado todas las pretensiones del demandante se deben imponer las costas a la entidad demandada cuando en la audiencia previa hubiera desistido a parte de lo reclamado inicialmente en la demanda.

En sede de cláusulas abusivas este desistimiento parcial resulta en cierto modo habitual habida cuenta los continuos cambios jurisprudenciales.

La cuestión no resulta pacífica:

Un sector de la jurisprudencia menor considera que no se deben imponer las costas a la entidad bancaria, pues en tanto la litispendencia con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda (art. 410 de la LEC), siendo en ese momento con sus pretensiones, cuando queda delimitado el objeto litigioso y sometido al conocimiento y enjuiciamiento judicial, con aplicación del consiguiente régimen sobre costas, lo procedente es no imponer las costas a ninguna de las partes, habida cuenta de que la demanda se ha estimado en parte (art. 394.2 de la LEC).

En este sentido, se pronuncia la SAP Ciudad Real, Sec. 1.ª, 323/2019, de 17 de octubre, Recurso 354/2019 (SP/SENT/1027985) que considera que la estimación no deja de ser parcial por más que hayan sobrevenido circunstancias que justifiquen la renuncia a alguna pretensión, y la estimación parcial de la demanda conlleva la no imposición de costas (art. 394.2 LEC). **La decisión sobre la estimación o desestimación de la demanda depende de lo solicitado en esta, y no de los actos de disposición de las partes posteriores a ella.**

Asimismo, la SAP de Asturias, Oviedo, Sec. 1.ª, 367/2019, de 8 de mayo, Recurso 1271/2018 (SP/SENT/1007594) no condena en costas a la entidad bancaria dado que la demandante desiste de una pretensión (la devolución de lo pagado por el IAJD), modificando sustancialmente las

pretensiones, por lo que la estimación de la demanda se califica como parcial, pues de lo contrario, el demandante, a la vista de las alegaciones del demandado o por un cambio de posicionamiento, podría convertir la estimación parcial de una demanda en una estimación total y con ello, conseguir que tal cambio conllevara la condena en costas del demandado.

En la SAP de Valladolid, Sec. 3.ª, 344/2019, de 23 de septiembre (Recurso 149/2019) (SP/SENT/1021537) se revoca el pronunciamiento de condena en costas a la entidad bancaria demandada en un caso en que la actora había desistido parcialmente de la reclamación de uno de los gastos (IAJD) y ajustado el resto a los criterios de distribución fijados por el TS. El Juzgado de primera instancia había considerado que se había producido una estimación total. La Audiencia Provincial entiende que dicho razonamiento no es correcto dado que el desistimiento se produjo en un momento posterior a la interposición y admisión de la demanda cuando la parte demandada ya había sido emplazada y había contestado a la misma oponiéndose a las pretensiones, tal y como habían sido articuladas en dicho escrito rector. No se considera que la parte demandada haya incurrido en una conducta de mala fe procesal justificativa de la condena en costas por el solo hecho de que no se haya allanado o no haya mostrado conformidad con ese parcial y sobrevenido desistimiento expresado por los actores.

Asimismo, la SAP Barcelona, Sec. 15.ª, 814/2020, de 15 de mayo Recurso 1515/2019 (SP/SENT/1052674) declara que no se deben imponer las costas a la entidad bancaria, toda vez que aunque la demanda se estima íntegramente, ello se produce por la modificación del suplico que se realiza en el acto de la audiencia previa al desistir la actora a parte de los gastos reclamados. Si no hubiera habido desistimiento, la sentencia hubiera estimado de manera parcial la demanda porque no habría acogido todas las peticiones formuladas.

En similar sentido se pronuncian las SSAP de León, Sec. 1.ª, 276/2018, de 28 de junio, recurso 299/2018. (SP/SENT/964522); Valladolid, Sec. 3.ª, 80/2020, de 11 de febrero, Recurso 707/2019 (SP/SENT/1048416); Ciudad Real, Sec. 1.ª, 114/2020, de 27 de febrero, Recurso 710/2019 (SP/SENT/1050685). y de Valladolid, Sec. 3.ª, 244/2020, de 15 de mayo, Recurso 722/2019 (SP/SENT/1057294).

De todos modos, aunque a nuestro juicio esta tesis resulta acertada, la cuestión no es pacífica, y otro sector de la jurisprudencia menor considera que cuando el actor desiste en la audiencia previa a parte de lo reclamado y la sentencia estima íntegramente sus pretensiones, en los términos que quedan fijados en dicha audiencia, deben imponerse las costas a la entidad bancaria demandada.

En este sentido la SAP Soria, Sec. 1.ª, 196/2019, de 18 de noviembre, Recurso 218/2019 (SP/SENT/1033912) condena en costas a la entidad bancaria al haberse estimado los pedimentos solicitados por la demandante en los términos que quedaron configurados en el acto de la audiencia previa dado que ante dicho desistimiento parcial, se podría haber llegado a un acuerdo, o alternativamente, la parte demandada pudo allanarse parcialmente a las pretensiones sobre las que mostraba su conformidad, lo que en absoluto tuvo lugar**,** oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la actora.

Asimismo, en la SAP de Palencia, Sec. 1.ª, 37/2020, de 6 de febrero, Recurso 7/2020 (SP/SENT/1048445) se condena en costas a la entidad bancaria a pesar de que el demandante desistió en la audiencia previa de la devolución del importe de los impuestos derivados de la constitución de la hipoteca dado que con posterioridad a la interposición de la demanda el TS (en la sentencia de 3 de marzo de 2018) había declarado que correspondían al prestatario[16]. En esta sentencia (con cita de la de la AP Murcia, Sec. 4.ª, 31-1-2019) además se considera que no procede un pronunciamiento específico en costas en los casos de desistimiento parcial, puesto que su imposición al demandante por su desistimiento solo se contempla para el caso del total, ya que es el único que implica la terminación del proceso[17].

En similares términos se pronuncia la SAP de Soria, Sec. 1.ª, 188/2019, de 11 de noviembre Recurso 208/2019 (SP/SENT/1031025), en un caso en que la actora, una vez conocido el criterio del TS sobre la comisión de apertura[18], desistió de su pretensión de que se declarara abusiva, por lo que estimándose el resto de las pretensiones, se condena en costas a la entidad bancaria ante su negativa a la aceptación de cualquiera de las pretensiones formuladas. Se entiende que no se ha producido una estimación parcial puesto que la sentencia estima íntegramente la demanda en los términos que quedaron fijados en la audiencia previa.

---

[16] En esta sentencia se condena en costas a la entidad bancaria alegando que la nulidad de varias cláusulas abusivas obtiene pleno éxito (cláusula-suelo y cláusula financiera), siendo únicamente parcial la pretensión subordinada relativa a los efectos de una de esas nulidades

[17] Asimismo la SAP Palencia, Sec. 1.ª, 62/2020, de 26 de febrero, Recurso 476/2019 (SP/SENT/1046866) entiende que no es cierto que la sentencia no se haya estimado íntegramente, ya que la parte actora renunció en la audiencia previa a la reclamación del importe del IAJD para adaptarse a la nueva jurisprudencia vigente en ese momento, por lo que la estimación de lo finalmente solicitado es total.

[18] El Pleno de la Sala Primera, en la Sentencia 44/2019 de 23 de enero de 2019 (Rec. 2982/2018) declaró que la comisión de apertura no suponía propiamente la repercusión de un gasto, sino el cobro de una partida del precio que el banco cobraba por sus servicios. Según el Alto Tribunal, en tanto componente sustancial del precio del préstamo, la comisión de apertura debía excluirse del control de contenido, siendo únicamente objeto de control de transparencia, el cual en dicha sentencia consideró cumplido.

Este pronunciamiento llevó a muchos consumidores a desistir de su pretensión de que la comisión de apertura fuera declarada abusiva. De todos modos, en tanto que el desistimiento deja la cuestión imprejuzgada, resulta posible que inicien otro proceso

Asimismo, puede ocurrir que una parte desista al recurso de apelación o casación interpuesto contra la sentencia, en cuyo caso aunque por aplicación del art. 396 de la LEC, deberían imponerse las costas a la parte que desiste, hay que tener en cuenta que dicho precepto se refiere a la finalización del proceso, no a los recursos, siendo regulado el desistimiento en estos en el art. 450 de la L.E.C que nada establece sobre las costas. Por ello, algunas resoluciones consideran que resulta adecuado no imponer las costas del recurso; así, el Auto de la AP Girona, Sec. 1.ª, 57/2017, de 27 de febrero, Recurso 648/2016 (SP/AUTRJ/905569) entiende que **aunque, la regla general debe ser la imposición de las costas en caso de desistimiento en un recurso, ello no impide una interpretación finalista de las normas, de tal forma que si el desistimiento en el recurso está justificado,** (v.gr. por una sentencia del TJUE que su cumplimiento es obligatorio para las partes, y para los Tribunales), **carece de sentido la tramitación del rollo.**

III.- Allanamiento del demandado antes de contestar a la demanda

1.- Discrepancia acerca de si se puede declarar la mala fe del demandado cuando el consumidor le ha efectuado un requerimiento previo a la demanda que no coincide plenamente con lo reclamado en esta

El allanamiento es una manifestación del demandado por la que se conforma con la petición contenida en la demanda que puede comprender cualquier materia de carácter privado que sea disponible[19].

El art. 21.1 de la LEC establece que cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por este, salvo si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, en cuyo caso se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante.

Conforme a lo dispuesto en el art. 395 de la LEC, si el demandado se allanare a la demanda, antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado, entendiéndose 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 iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación.

Resulta recomendable que el consumidor, antes de iniciar un proceso judicial de nulidad de condiciones generales de la contratación, realice una

---

solicitando dicha abusividad, ya que los postulados del TS han de entenderse modificados a tenor de lo declarado por el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2016.

[19] SSTS 11/2012, de 19 de enero; 571/2018, de 15 de octubre; 172/2020, de 11 de marzo.

reclamación extrajudicial al banco en aras de evitar que si este se allana en el plazo para contestar a la demanda no se le impongan las costas. De hecho, **en la Medida 2.19 del Plan de choque tras el Estado de Alarma presentado por CGPJ se propone la inclusión de un nuevo número 6 en el art. 429 de la LEC para exigir, como requisito previo de procedibilidad en los procedimientos en que se solicite la nulidad de una condición general de la contratación, una reclamación extrajudicial, análoga a la prevista en el RDL 1/2017, de 20 de enero, pero de carácter obligatorio[20].**

El requerimiento previo asegura que en caso de allanamiento de la entidad bancaria antes de contestar a la demanda siempre se le condene en costas por presumirse su mala fe (art. 395.1. II de la LEC). Bien es cierto que la mala fe no se presume, sino que debe probarse, pero la mala fe a que hace referencia el apartado segundo del art. 395.1 LEC resulta de la apreciación de un comportamiento extraprocesal del demandado, interpretada a la luz del principio de causalidad, que nos revela que su actuación es la única causante del pleito, al no haber dejado a la parte demandante otro camino que el de impetrar el auxilio judicial[21]. **Se entiende, sin que quepa prueba en contrario (presunción *iuris et de iure*), que existe mala fe cuando ha mediado un requerimiento extrajudicial, al igual que cuando se hubiera iniciado procedimiento de mediación o solicitud de conciliación**.

De todos modos, para que resulte de aplicación lo dispuesto en el art. 395.1.II LEC **no es válido cualquier requerimiento, pues además de fehaciente[22], ha de ser justificado y recepticio, en el sentido de que,**

---

[20] El CGPJ en la reunión de la Comisión Permanente celebrada el día 2 de abril de 2020, aprobó el documento "*Directrices para la elaboración de un Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de Alarma*" y el 6 de mayo presentó un segundo documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales.

[21] SSAP de Salamanca, Sección 1.ª, 264/2016, de 2 de junio (rec. 273/2016; Badajoz (Mérida) Sección 3.ª, 131/2016, de 2 de junio (rec. 131/2016).

[22] SAP Palencia, Sec. 1.ª, 158/2019, de 24 de mayo, Recurso 182/2019 (SP/SENT/1010520): *"**Esa fehaciencia no implica: un requerimiento Notarial, ni un Acto de conciliación, ni siquiera un burofax con acuse de recibo; pero sí que precisa un documento que pruebe que se ha emitido el requerimiento previo**; y ello no solo como elemento probatorio, sino para cumplir el deber de concordancia y unidad entre el objeto del requerimiento previo y la posterior demanda de la que se deriva el allanamiento. **Bastaría, pues, una simple carta o escrito con acuse de recibo recepcionada de la entidad bancaria o un escrito con sello de la entidad referida. Ahora bien, una mera comunicación verbal**, ni reconocida, ni acreditada, no puede ser considerada como "requerimiento fehaciente", ni como compelimiento bastante para determinar en caso de allanamiento, una situación de "mala fe", a los efectos de la imposición de costas y del art. 395 LECv".*

SAP Soria, Sec. 1.ª, 210/2019, de 16 de diciembre, Recurso 229/2019 (SP/SENT/1044006): **"***Tal y como expresa la sentencia de instancia, **un correo electrónico no puede entenderse como requerimiento fehaciente, toda vez que no deja constancia de su efectiva recepción**, ni del contenido del mismo, lo que excluye que se dé el requisito del requerimiento fehaciente previo que exige el artículo 395 de la L.E.C".*

siendo recibido y conocido por el requerido[23], este lo desatienda, debiendo existir una correspondencia entre lo pedido en la reclamación extrajudicial y la judicial, ya que resulta inocuo el requerimiento si no coincide con la pretensión finalmente ejercitada.

Lo determinante para apreciar mala fe en el demandado que se allana antes de contestar a la demanda, es comprobar si con su proceder extraprocesal ha puesto al demandante en la necesidad de recabar el auxilio jurisdiccional para obtener el reconocimiento del derecho violado y, en definitiva, su debida tutela. Para ello se ha de valorar su conducta preprocesal, así como si el requerimiento del demandante ha guardado la exigida homogeneidad entre lo pedido y lo reclamado en el pleito.

En este sentido, la SAP de Cuenca, Sec. 1.ª, 96/2020, de 10 de marzo Recurso 612/2019 (SP/SENT/1050958) **no impone las costas a la demandada que se allanó antes de contestar a la demanda dado que en el requerimiento extrajudicial se le exigían 2.299,97 euros en concepto de gastos de notaría, registro, IAJD y gestoría, mientras que la sentencia de instancia, de conformidad con lo solicitado en la demanda, solo condenó a 546'99 euros** correspondientes al 50% de gastos de notaría, 50% de gestoría, y 100% de gastos del Registro. Se entiende que era comprensible que la demandada no se aviniera en vía extrajudicial a atender el requerimiento, toda vez que se pedía mucho más de lo procedente; además, en la demanda se incluyó una petición no contenida en el requerimiento previo, cual fue la nulidad de la cláusula de intereses de demora, lo que distorsionaba aún más la identidad entre la reclamación extrajudicial y la judicial.

Asimismo, en la SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, 2099/2019, de 15 de noviembre, Recurso 226/2019 (SP/SENT/1027866) no se imponen las costas a la entidad demandada que se allana en el plazo para contestar a la demanda puesto que en la reclamación previa al proceso se pedía la nulidad de una cláusula abusiva, más la restitución de las cantidades, siendo que en el procedimiento posterior solo se pidió la nulidad de la cláusula.

No obstante, la cuestión no resulta pacífica; así, en la SAP de Castellón, Sec. 3.ª, 650/2019, de 23 de diciembre, Recurso 1159/2018 (SP/SENT/1050355) se considera que procede imponer las costas a la entidad demanda que se allanó antes de contestar a la demanda dado que la misma fue requerida para reconocer la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, negándose a lo solicitado. **No se reputa impedimento para la**

---

[23] SAP Palencia, Sec. 1.ª, 158/2019, de 24 de mayo, Recurso 182/2019 (SP/SENT/1010520).

imposición de costas que la reclamación extrajudicial pretendiera la íntegra devolución de las cantidades satisfechas en concepto de gastos hipotecarios, mientras que en la demanda se solicitó una cantidad inferior dado que se considera que bien pudo la entidad bancaria disponerse a litigar por la cantidad que era objeto del desacuerdo, o consignar o pagar la que consideraba correcta, lo que denotaría que estaba dispuesta a satisfacer las exigencias de la parte demandante, y no haciéndolo, forzó a los demandantes a acudir a la vía judicial.

En el mismo sentido, la SAP de Girona, Sec. 1.ª, 115/2019, de 19 de febrero, Recurso 1017/2018 (SP/SENT/991724) entiende que si hubiera existido alguna propuesta de reintegro de los gastos hipotecarios, no aceptada por los demandantes, entonces podría aceptarse la no condena en costas al demandado que se había allanado en la contestación a la demanda, pero **aunque la petición ejercitada en la demanda no coincidiera con el requerimiento extrajudicial, la más mínima buena fe debió haber llevado a haber propuesto una solución restitutoria.**

En la SAP de Zaragoza, Sec. 5.ª, 132/2020, de 14 de febrero, Recurso 1530/2019 (SP/SENT/1045663) también se imponen las costas a la entidad demandada que se allanó antes de contestar a la demanda a pesar de que en la misma se ejercitó una reclamación distinta a la efectuada en el requerimiento extrajudicial (tan solo se pidió la declaración de nulidad de la cláusula de gastos), pero la entidad financiera, conocedora de que una cláusula de estas características (repercusión al consumidor de todos los gastos hipotecarios) ya fue declarada nula por la STS de 23 de diciembre de 2015, podía haber acordado el pago de la parte de los gastos que considerase adecuada, pudiendo con ello llegar a evitar la interposición de la demanda. La imposición de las costas en los supuestos de allanamiento tiene su razón de ser en la mala fe de la parte demandada, y esta circunstancia no se puede obviar cuando la demandada sabe que la cláusula es nula y que al menos parte de sus pretensiones económicas serán aceptadas en un eventual procedimiento judicial[24]**.**

2.-Allanamiento del recurrido/demandado en el recurso de apelación o casación: no imposición de costas en el recurso

Si el demandado se allana en un recurso de apelación o de casación este debe estimarse y aunque, conforme al art. 398.2 de la LEC, **no habrá imposición de costas en el recurso, cambiará el pronunciamiento en costas de las instancias, dado que se consideran estimadas las pretensiones del actor.**

En este sentido se pronuncian las SSTS, Sala Primera, de lo Civil,

[24] En similares términos: SAP Zaragoza, Sec. 5.ª, 136/2020, de 17 de febrero Recurso 1529/2019 (SP/SENT/1044597).

77/2019, de 5 de febrero, Recurso 2530/2016 (SP/SENT/988926) y 172/2020, de 11 de marzo, Recurso 3352/2017 (SP/SENT/1042468) en las que, ante el allanamiento de la entidad bancaria demandada, se considera que debe estimarse el recurso de casación, no procediendo hacer expresa imposición de las costas causadas en el mismo, conforme al art. 398.2 de la LEC. No obstante, dicha estimación implica la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada y la imposición de sus costas, a tenor del art. 398.1 LEC.

En el mismo sentido, se pronuncia el Alto Tribunal en la sentencia 397/2018, de 26 de junio, en la que con cita de otras (SSTS del Pleno 74/2017, de 8 de febrero, 475/2017, de 20 de julio, y 294/2018, de 23 de mayo) declara que el allanamiento de la parte recurrida/demandada tiene efectos en casación y debe dar lugar a la estimación de la demanda, en aplicación del principio dispositivo que rige en el proceso civil (art. 21 LEC). En esta sentencia, ante el allanamiento de la entidad bancaria al recurso de casación, no se imponen las costas de dicho recurso a ninguna de las partes, pero sí las de primera instancia a la entidad bancaria.

3.-Requerimiento extrajudicial no articulado conforme al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero: problemática acerca de su validez a efectos de costas

Con fecha 21 de enero se publicó en el BOE el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de Medidas Urgentes de Protección de Consumidores en Materia de Cláusulas Suelo, que pretendía facilitar las reclamaciones extrajudiciales de las cantidades indebidamente abonadas por este tipo de cláusulas, dada la ingente cantidad de deudores afectados.

En esta norma se arbitra un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilita un acuerdo con la entidad de crédito. El consumidor puede optar entre intentar previamente la solución extraprocesal o acudir directamente a juicio. Si opta por la primera vía, debe presentar una reclamación, y una vez recibida esta, la entidad de crédito ha de efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitirle una comunicación desglosando dicho cálculo. En ese desglose, la entidad de crédito deberá incluir necesariamente las cantidades que correspondan en concepto de intereses. El plazo máximo para que el consumidor y la entidad lleguen a un acuerdo y se ponga a disposición del primero la devolución es de tres meses a contar desde la presentación de la reclamación. Las partes no pueden ejercitar entre sí ninguna reclamación judicial o extrajudicial en relación con el objeto de esta reclamación previa durante el tiempo en que esta se sustancie[25].

---

[25] Conforme al art. 3.4 del Real Decreto-Ley 1/2017 a los efectos de que el consumidor pueda adoptar las medidas que estime oportunas, se entenderá que el procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo:

a) Si la entidad de crédito rechaza expresamente la solicitud del consumidor.

b) Si finaliza el plazo de tres meses sin comunicación alguna por parte de la entidad de crédito al consumidor reclamante.

El art. 4 del citado Real Decreto-Ley 1/2017 establece en su párrafo primero que si el consumidor rechazase el cálculo de la cantidad a devolver o declinase, por cualquier motivo, la devolución del efectivo e interpusiera posteriormente demanda judicial en la que obtuviese una sentencia más favorable que la oferta recibida de dicha entidad, se impondrán las costas a esta.

Asimismo, **el citado art. 4 establece en su párrafo segundo, apartado a), que si el consumidor interpusiere una demanda frente a una entidad de crédito sin haber acudido al procedimiento extrajudicial regulado en dicha norma, en caso de allanamiento de la misma, antes de la contestación a la demanda, "*se considerará que no concurre mala fe procesal, a efectos de lo previsto en el art. 395.1 segundo párrafo, de la LEC*".**

En el apartado b) dispone que en caso de allanamiento parcial de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, siempre que consigne la cantidad a cuyo abono se comprometa, solo se le podrán imponer las costas si el consumidor obtuviera una sentencia cuyo resultado económico fuera más favorable que la cantidad consignada[26].

A nuestro juicio, a pesar de la deficiente redacción legal, no se puede interpretar que en caso de cláusulas suelo el art. 4.2 a) limite a uno el supuesto en que, según el art. 395.1. II de la LEC, se presuma la mala fe del demandado si se allana antes de la contestación a la demanda. **No se puede entender que la mala fe no se pueda derivar más que de un requerimiento efectuado conforme al RDL 1/2017, ya que otras actuaciones del demandado o un requerimiento fehaciente practicado de otra forma, antes del proceso, también deberían dar lugar a que la mala fe se apreciare.**

---

c) Si el consumidor no está de acuerdo con el cálculo de la cantidad a devolver efectuado por la entidad de crédito o rechaza la cantidad ofrecida.

d) Si transcurrido el plazo de tres meses no se ha puesto a disposición del consumidor de modo efectivo la cantidad ofrecida.

Procede reseñar que esta norma deja fuera de su ámbito de aplicación a quienes no ostentan la consideración de consumidores y usuarios.

A nuestro juicio, resulta criticable que se deje en manos de la entidad bancaria el establecimiento del sistema de reclamación previa y que la norma no prevea sanciones a los bancos que contravengan lo establecido en la misma o que ni siquiera contesten al reclamante comunicándole las razones por las que no aceptan su reclamación; así como que no prevea un recargo a los que, habiendo llegado a un acuerdo con el afectado, no devuelvan a este el importe correspondiente más los intereses en el plazo máximo de tres meses previsto en el art. 3.4 d) de este Real Decreto-Ley.

[26] SAP Pontevedra, Sec. 1.ª, 682/2019, de 12 de diciembre, Recurso 679/2019 (SP/SENT/1041382): "*La resolución impone a la demandada el pago de las costas porque, primero, el allanamiento no ha sido total, ya que en su contestación ha discrepado de los cálculos de la actora y, en consecuencia, de las cantidades reclamadas y ha consignado las sumas que entendía procedía reintegrar a la actora; y, segundo, precisamente por considerar aplicable el Real Decreto-ley 1/2017, dado que no estamos ante un allanamiento total sino parcial, es de aplicación el apartado b), por lo que, al ser " el resultado económico" obtenido con la sentencia "más favorable que la cantidad consignada", no concurre el supuesto de exención contemplado en el citado precepto*".

De todos modos, **somos conscientes de que la tesis que defendemos no resulta pacífica,** así, la SAP Cáceres, Sec. 1.ª, 311/2017, de 19 de junio, Recurso 388/2017 (SP/SENT/912274) entiende que tras el RDL 1/2017 el panorama sobre costas ha cambiado en los procedimientos sobre nulidad de cláusulas suelo, pues cuando los consumidores interpongan una demanda sin haber acudido al procedimiento extrajudicial, regulado en el art. 3 del citado RDL, si la entidad financiera se allanare antes de contestar a la demanda, no concurrirá mala fe procesal a efectos de lo dispuesto en el art. 395.1 de la LEC dado que **en esta nueva regulación no se entra a valorar si la parte demandante reclamó o no a la entidad financiera antes de interponer la demanda, como tampoco se valora si la actitud previa de la entidad financiera pudiera ser entendida como de mala fe procesal, sino que la presunción legal establecida por el RDL es aplicable en función de circunstancias exclusivamente objetivas, cuales son que el consumidor haya acudido al procedimiento extrajudicial establecido en el art. 3 del RDL** y que la entidad financiera se allane antes de contestar a la demanda.

En similar sentido, se pronuncian las Sentencias de las AP de Baleares, Sec. 5.ª, 328/2019, de 8 de mayo, Recurso 36/2019 (SP/SENT/1007595); Barcelona, Sec. 15.ª, 1150/2019, de 18 de junio, Recurso 1126/2018 (SP/SENT/1010834); Valencia, Sec. 9.ª, 1547/2019, de 22 de noviembre, Recurso 518/2019 (SP/SENT/1040983), Barcelona, Sec. 15.ª, 2225/2019, de 28 de noviembre, Recurso 364/2019 (SP/SENT/1029639).

La SAP de Baleares, Sec. 5.ª, 245/2020, de 11 de mayo, Recurso 844/2019 (SP/SENT/1053731) entiende que el RDL 1/2017 establece una especialidad en la interpretación del concepto de mala fe que debe prevalecer frente a la general del art. 395.1 de la LEC, por cuanto dicho RDL es norma especial respecto de las normas reguladoras de la condena en costas previstas en la LEC. En esta sentencia, no se considera que haya mala fe por parte de la entidad bancaria que se allana antes de contestar a la demanda y no se le imponen las costas, a pesar de que con anterioridad a la interposición de la misma la actora remitió a la demandada un escrito denunciando la nulidad, por abusiva, de la cláusula suelo y requiriéndole para que le restituyera la cantidades abonadas en exceso, con sus intereses, dado que en dicho escrito dejó constancia expresa de que no deseaba acogerse al mecanismo extrajudicial aprobado mediante RDL 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. Según esta sentencia, en caso de allanamiento antes de contestar a la demanda no se puede presumir mala fe de la entidad bancaria si no se ha seguido contra ella el procedimiento extrajudicial previsto en el RDL 1/2017, y ello aun cuando se hubiera requerido por otra vía a la entidad bancaria. Según esta sentencia, dado que el art. 4.3 de dicho RDL dispone que, en lo no previsto en dicho precepto se aplicará la LEC, dicha norma especial debe prevalecer sobre la ley civil rituaria, y esta última solo se aplicará cuando no concurra ninguno de los supuestos específicos contenidos en el mismo.

Más flexible resulta la SAP Tarragona, Sec. 1.ª, 387/2018, de 21 de septiembre, Recurso 409/2018 (SP/SENT/975310) que impone las costas

a la entidad bancaria que se allanó antes de contestar a la demanda dado que considera acreditado que el actor acudió al procedimiento del RDL aunque no lo mencionara expresamente, si bien declara que no basta con que se reconozca la existencia de una reclamación previa, pues si en vez de dejar pasar tres meses desde la reclamación para interponer la demanda, esta se hubiera formulado con anterioridad, sin respetar los tramites ni el tiempo del procedimiento de dicho RDL, no se podría apreciar la existencia de mala fe ni imponer las costas a la entidad bancaria[27].

Asimismo, la SAP Barcelona, Sec. 15.ª, 353/2019, de 26 de febrero, Recurso 300/2018 (SP/SENT/995692) declara que **si bien el consumidor no está vinculado a tener que someter su reclamación a una forma concreta, con objeto de permitir la apreciación de mala fe en la parte demandada, el plazo de espera establecido en el RDL 1/2017 (3 meses) constituye un parámetro objetivo razonable** que debe orientar el juicio acerca de la existencia o inexistencia de mala fe[28].

No obstante, en las SSAP SAP Valladolid, Sec. 3.ª, 221/2019, de 27 de mayo, Recurso 670/2018 (SP/SENT/1013876) y 233/2019, de 31 de mayo, Recurso 20/2019 (SP/SENT/1010363), se declara que **resulta indiferente el mayor o menor tiempo que hubiera podido transcurrir desde que se practicó el requerimiento extrajudicial hasta la interposición de la demanda, pues al haber declinado el consumidor acogerse al mecanismo de solución del RDL 1/2017, asumió el riesgo y las consecuencias derivadas de tal decisión, entre las que se encuentra la no imposición de costas a la demandada que se allanara antes de contestar a la demanda.**

Por lo demás, en la SAP Barcelona, Sec. 15.ª, 2058/2019, de 12 de noviembre, Recurso 144/2019 (SP/SENT/1027328) se entiende que **el momento relevante para considerar aplicable el RDL 1/2017 lo marca la fecha del requerimiento -no el de la interposición de la demanda- de manera que practicado el mismo antes de la entrada en vigor de esa**

---

[27] En similares términos, SAP Tarragona, Sec. 1.ª, 12/2019, de 9 de enero, Recurso 474/2018 (SP/SENT/987561): "*En el caso de autos existió la reclamación previa, que si no mencionaba el procedimiento ni su normativa no dejaba duda alguna del fin perseguido, por lo que debe estimase que se ajustaba al espíritu de la norma en orden a la sencillez del procedimiento, pues evidenciaba una reclamación en orden a la cláusula suelo y a la pretensión de recuperar los intereses de ella derivado pagado por el reclamante. La entidad aplicó el silencio, no advirtiendo ni de la omisión del adecuado procedimiento ni de las insuficiencias, si las había, del escrito presentado, y dejó trascurrir el plazo de 3 meses sin actuación ninguna*".

[28] En la SAP Barcelona, Sec. 15.ª, 2047/2019, de 11 de noviembre, Recurso 127/2019 (SP/SENT/1027792) la reclamación previa se comunicó a la entidad financiera dos semanas antes de interponer la demanda, por lo que se entiende que no pueden imponerse a la misma las costas aunque se allanara antes de contestar a la demanda. En la SAP Barcelona, Sec. 15.ª, 2251/2019, de 5 de diciembre, Recurso 313/2019 (SP/SENT/1031152) se secunda la misma tesis dado que el requerimiento se practico mes y medio antes de la demanda.

normativa especial (21 de enero de 2017), resulta aplicable el art. 395.1.II de la LEC, pues lo contrario supondría someter al consumidor a una carga que no estaba vigente en el momento de iniciar su reclamación. En este mismo sentido, la SAP Barcelona, Sec. 15.ª, 871/2019, de 15 de mayo, Recurso 8/2018 (SP/SENT/1005549) condena en costas a la entidad bancaria que se allana antes de contestar a la demanda porque el consumidor requirió a la misma antes del proceso cuando no estaba en vigor el citado RDL y dejó pasar siete meses antes de interponer la demanda.

A nuestro juicio, la tesis defendida por las anteriores sentencias no resulta acertada por los siguientes motivos:

En primer lugar, el RDL 1/2017 se promulgó en defensa de los consumidores afectados por la cláusula suelo y **resulta un contrasentido que con base en el mismo se limiten los supuestos en que se puede considerar que la entidad bancaria ha incurrido en mala fe a efectos de imponerle las costas si se allana antes de contestar a la demanda**, ya que dicha limitación resulta contraria a lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE.

En segundo lugar, **el procedimiento contenido en dicha norma es voluntario para el consumidor, por lo que si este decide realizar el requerimiento extrajudicial por otra vía no es justo que no se impongan las costas a la entidad bancaria que se allane antes de contestar a la demanda** dado que se está sancionando al consumidor por no acudir a un procedimiento de carácter facultativo y, por el contrario, se está favoreciendo a la entidad bancaria que puede desoír todo requerimiento extrajudicial realizado por otra vía sin temor a ser condenado en costas aunque se allane antes de contestar a la demanda.

En tercer lugar, **no se puede entender que el legislador, por vía de urgencia, se haya irrogado en el RDL 1/2017 la facultad de interpretar la existencia de mala fe en el comportamiento del demandado que se allana antes de contestar a la demanda,** dejando sin efecto lo previsto en el art. 395.1.II de la LEC en los pleitos de cláusulas suelo, máxime cuando este precepto resulta más beneficioso para el consumidor que lo previsto en el citado RDL.

En cuarto lugar, **se ha de considerar que concurre mala fe en el demandado allanado cuando su conducta previa al proceso haya sido la causante de la interposición de la demanda judicial, forzando a la otra parte a acudir a los Tribunales** y no se puede entender que, en caso de cláusulas suelo, esa mala fe solo se derive de no atender el requerimiento efectuado conforme a lo previsto en el RDL 1/2017. La mala fe del demandado allanado concurre cuando, con carácter previo a la interpelación judicial, haya tenido ocasión de conocer o de cumplir la prestación exigida y su omisión haya determinado en la parte contraria la necesidad de impetrar el auxilio jurisdiccional.

Por todo ello, **a nuestro juicio, no se puede interpretar que el art. 4.2 a) del RDL 1/2017 deje sin efecto lo previsto en el art. 395.1.II LEC para los pleitos de cláusulas suelo**. El legislador debería haber omitido en dicho RDL una regulación acerca de la condena en costas, pues lejos de beneficiar al consumidor le ha perjudicado. **Hubiera bastado con que hubiera establecido que la reclamación extrajudicial realizada al amparo de dicha norma presentaba efectos de requerimiento fehaciente, de conformidad con lo previsto en el art. 395.1.II de la LEC.**

Resulta alarmante que solo alguna resolución minoritaria secunde la tesis que mantenemos; así en la SAP Zaragoza, Sec. 5.ª, 374/2019, de 7 de mayo, Recurso 995/2018 (SP/SENT/1005937 se imponen las costas a la entidad bancaria demandada que se allanó antes de contestar a la demanda aun cuando el consumidor le había requerido de pago sin ampararse en el mecanismo previsto en el RDL 1/2017, de 20 de enero) [29].

[29] SAP Zaragoza, Sec. 5.ª, 374/2019, de 7 de mayo, Recurso 995/2018 (SP/SENT/1005937): "*La consecuencia es evidente. Se le priva de facto al consumidor del derecho a elegir. Pues el prestamista podrá desoír sine die cualquier reclamación extrajudicial fehaciente, obligando al consumidor a realizar los pertinentes gastos de representación y postulación a fin de obtener una sentencia como título ejecutivo, sin la posibilidad de resarcirse de estos gastos por la vía de la condena en costas (…) No cabe duda a este tribunal de que tal exégesis contraría la Directiva 93/13/CEE y los principios de eficacia plena de los derechos del consumidor, con efecto restitutorio íntegro de sus derechos y el disuasorio que los arts. 6 y 7 de dicha Directiva establecen. Principios claramente desarrollados en la reciente S.T.J.U.E. 21-12-2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) (…). Pero, también supone infracción y vulneración del principio constitucional de " tutela judicial efectiva " (art. 24 C.E .), al imponer, de forma subrepticia, un gravamen desproporcionado para el acceso a los tribunales, favoreciendo -por el contrario- la pasividad de quien se considera deudor (por todas S.T.C. Pleno, secc.1ª, 140/16, 21-7)".*