

**COMENTARIO DE LA
SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2020 (472/2020)**

**Las costas en los litigios sobre préstamos hipotecarios
en divisa cuando existen serias dudas de derecho**

Comentario a cargo de:

MARIEN AGUILERA MORALES

Catedrática de Derecho procesal. Universidad Complutense de Madrid
Miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)
Investigadora Principal del Proyecto 2019-103909GB-I00

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2020

RoJ: STS 2838/2020 - **ECLI:** ES:TS: 2020:2838

ID CENDOJ: 28079119912020100018

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA

Asunto: Con el telón de fondo de un préstamo hipotecario en divisa, esta sentencia da respuesta a la cuestión de si la excepción legal al principio de vencimiento objetivo por presentar el asunto serias dudas de derecho (art. 394.1 LEC) es aplicable a los litigios sobre cláusulas abusivas en los que la demanda del consumidor resulta estimada en su integridad. La respuesta de la Sala Primera es negativa. En tales casos el consumidor no debe cargar con parte de las costas procesales. Lo impide el principio de efectividad del Derecho de la Unión, que exige dar cumplimiento a otros dos principios: el de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas y el del efecto disuasorio del uso de cláusulas abusivas en los contratos no negociados celebrados con los consumidores (arts. 6.1 y 7.1, respectivamente, de la Directiva 93/13/CEE).

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. *Las costas en los supuestos de vencimiento total: la regla del vencimiento y sus inflexiones.* 5.2. *Las serias «dudas de hecho y de derecho».* 5.3. *Las más que dudosas «dudas de derecho» en este asunto.* 5.4. *La apuesta en favor del recurso de casación.* 5.5. *El principio europeo de efectividad: siguiendo los pasos de la STS 419/2017 y de la STJUE CY/Caixa Bank y LG/BBVA.* 5.6. *Una mirada al futuro.* 5.7. *Conclusión.* 6. Bibliografía.

1. Resumen de los hechos

En octubre de 2016 dos consumidores demandaron al Banco Popular (posteriormente, Banco Santander) solicitando, entre otros pedimentos, la declaración de nulidad de ciertas cláusulas del préstamo hipotecario concertado con la entidad; en concreto, la de las cláusulas relativas al denominado «mecanismo multidivisa». En apoyo de su pretensión, los consumidores prestatarios esgrimieron que, conforme a la STS¹ 323/2015, de 30 de junio, aquel préstamo merecía la consideración de instrumento financiero complejo, siéndole de aplicación por lo mismo la normativa del mercado de valores. No obstante, y de modo eventual (*i.e.*, para el caso de que el Juzgador de instancia considerase no aplicable la normativa del mercado de valores), solicitaron la nulidad de las referidas cláusulas con base en la normativa de protección de consumidores y usuarios, invocando al efecto los artículos 82 y 83.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios (TRLDCU, en adelante) y la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia.

El banco se opuso a la demanda, alegando –con cita de la STJUE de 3 de diciembre de 2015, asunto C-312/14, *Banif Plus Bank Zrt.*– que el préstamo hipotecario en divisas no tenía la condición de instrumento financiero complejo, ni le era de aplicación, por tanto, la normativa del mercado de valores. En su contestación a la demanda, la entidad bancaria negó igualmente haber infringido la normativa de protección de consumidores y usuarios.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia núm. 89 de Madrid desestimó la demanda en sentencia 274/2017, de 7 de noviembre. El fundamento de la desestimación fue doble:

De un lado, se puso el acento en que, tras *Banif Plus Bank Zrt.*, a los préstamos hipotecarios en divisas no les era de aplicación la normativa del mercado de valores. O lo que para el caso es lo mismo: que el criterio mantenido en la STS¹ 323/2015 había sido desautorizado desde Luxemburgo.

De otro lado, se descartó que las cláusulas impugnadas adolecieran de falta de transparencia a la luz de la normativa de protección de consumidores y usuarios.

Coherentemente con el signo de la sentencia, el juzgador de instancia aplicó el criterio del vencimiento objetivo *ex* artículo 394.1 LEC y condenó a los demandantes al pago de las costas.

3. Solución dada en apelación

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por los consumidores. El recurso se interpuso el 19 de diciembre de 2017; fecha en la que el Alto Tribunal ya había dictado la muy importante STS1ª 608/2017, de 15 de noviembre.

Dictada a remolque de la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, *Andriciuc*, la citada STS1ª 608/2017 no solo supuso un cambio de criterio en lo relativo a cuál era la normativa aplicable a los préstamos hipotecarios en divisas, sino que, más allá, especificó respecto de tal clase de préstamos cuál debía ser el alcance de la obligación precontractual de información al consumidor. Se explica por esto que el recurso de apelación se fundara principalmente en las exigencias derivadas de la normativa de defensa de los consumidores. Y también, aunque solo en parte, la decisión adoptada por el *tribunal ad quem* en sentencia de 18 de septiembre de 2018.

Así, en efecto, la decisión que tomó la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid fue la de estimar íntegramente el recurso y declarar la nulidad de las cláusulas relacionadas con la divisa por no superar el control de transparencia.

En cuanto a las costas, lo decidido por la Audiencia fue lo siguiente: «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, arts. 391 (sic) y 398 LEC».

4. Los motivos alegados

El recurso de casación se circunscribió al pronunciamiento sobre costas recién transcrito. En este sentido, amén de invocar la STS1ª (Pleno) 419/17 de 4 de julio, los consumidores esgrimieron la infracción de los artículos 8 b) y c) y 83 del TRLCU «interpretados como el derecho del consumidor a quedar indemne y a obtener una reparación completa de los daños causados bajo el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas según la jurisprudencia del TJUE».

El motivo fue estimado íntegramente por el Pleno de la Sala. Así –y con apoyo también en la STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, *CY/CaixaBank* y *LG/BBVA*–, acordó revocar el pronunciamiento sobre costas y sustituirlo por la condena al banco a pagar las costas originadas en la primera instancia.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Las costas en los supuestos de vencimiento total: la regla del vencimiento y sus inflexiones*

De los dos posibles criterios de imposición de las costas –objetivo o del vencimiento; y subjetivo o de la mala fe o temeridad–, la LEC de 2000 se inclinó decididamente por el primero. Tanto fue así que su articulado erige el criterio del vencimiento en regla de los procesos declarativos, tanto en primera instancia (art. 394.1 LEC) como en el marco del recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal y casación (art. 398.1 LEC).

Como es *communis opinio*, la opción de imponer las costas al litigante que resulta totalmente vencido en juicio resulta animada por el propósito de desincentivar las pretensiones y resistencias infundadas. Esto, sin embargo, no debe tomarse en el sentido de entender que la parte que ve rechazada íntegramente sus pretensiones deba hacer frente al pago total de las costas *siempre y en todo caso*. No es así. Antes bien, precisamente porque la parte vencida puede haber sostenido fundadamente sus pretensiones, el propio artículo 394.1 LEC (y por remisión a él, el art. 398.1 LEC) excluye la regla del vencimiento en aquellos casos en que «el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho». La exclusión, obviamente, se traduce en que el litigante vencido ha de hacer frente a las costas causadas a su instancia y a las comunes por mitad, pero no así a las de la contraparte.

Lo anterior sentado, asiste la razón a nuestros tribunales cuando afirman que, en nuestro proceso civil y respecto de las costas, más que un sistema de vencimiento puro rige un sistema de vencimiento moderado. Con todo, conviene tener claro desde un principio que la posibilidad de que el litigante vencido no sea condenado al pago íntegro de las costas tiene por asidero una norma de carácter excepcional y, por lo mismo, sujeta a interpretación restrictiva. A la sazón ya no es solo que el artículo 394.1 LEC contemple tal posibilidad como una *salvedad* al criterio del vencimiento, es que también exige una decisión motivada del Juez que conozca del asunto (lo que no se requiere cuando se aplica la regla) ligada a la apreciación de dudas de hecho o de derecho que, además, deben de ser «serias», esto es, tener una relevante entidad.

5.2. *Las «dudas de hecho y de derecho»*

Cuándo existen serias «dudas de hecho» es cuestión que la doctrina procesalista y la jurisprudencia coinciden en identificar con los casos en que la labor de apreciación de las pruebas o de fijación de los hechos se revela especialmente intensa o difícil para el juzgador, esto es, con los casos en que el *dubium* se cierne sobre los elementos fácticos que fundamentan las pretensiones de una u otra parte del proceso. En lo que ya no hay consenso es en lo relativo a hacer jugar estas dudas fácticas como excepción al criterio del vencimiento; de

hecho, hay quienes cuestionan el acierto del artículo 394.1 LEC en este punto, viniendo a razonar en tal sentido que si el juzgador debe atender a las normas procesales sobre carga de la prueba para disipar sus dudas fácticas (art. 217 LEC), es ilógico que esas mismas dudas le sirvan de asidero para apartarse del criterio del vencimiento y no imponer las costas al litigante vencido (sobre este extremo, Herrero Perezagua, p.165).

En cuanto a las serias «dudas de derecho» –las que aquí interesan–, existe también coincidencia en vincularlas a los casos en que las normas aplicables son susceptibles de diversas interpretaciones, en que no existen pronunciamientos consolidados sobre la materia, o a aquellos otros casos, en fin, sobre los que ha recaído jurisprudencia contradictoria. Además, y en relación con esto último, la propia ley procesal civil apunta a que la apreciación de este tipo de dudas solo permitirá apartarse del criterio general del vencimiento si están revestidas de *objetividad*, esto es, si el asunto resulta jurídicamente dudoso desde la perspectiva «de la jurisprudencia recaída en casos similares» (art. 394.1 LEC, párrafo segundo).

5.3. Las más que dudosas «dudas de derecho» en este asunto

Dicho está que la sentencia objeto de este comentario trae causa del pronunciamiento sobre costas realizado en la sentencia de segunda instancia. Y dicho está igualmente que la decisión adoptada en tal sentido por la Audiencia Provincial de Madrid fue la de apartarse del criterio general del vencimiento con base en «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».

En lo que quiero llamar la atención ahora es en que solo con extrema benevolencia puede llegar a defenderse que aquel pronunciamiento sobre costas respondió a las exigencias del 394.1 LEC. Por dos motivos básicamente:

El primero es que *stricto sensu* en él no se exteriorizó ningún razonamiento sobre el carácter jurídicamente dudoso del asunto. Antes bien, a tenor de los antecedentes de la sentencia comentada, podría decirse que el razonamiento de la Audiencia Provincial en lo relativo a las costas fue, todo lo más, un razonamiento «por remisión».

El segundo motivo se resume en la ambigüedad. En este orden de cosas importa subrayar que las dudas de derecho invocadas por la Audiencia para excluir el criterio del vencimiento se vincularon *expressis verbis* a «la normativa aplicable a los préstamos hipotecarios en divisa, resueltas en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017». El subrayado, como digo, es importante. Y lo es en la medida en que la ligazón de las dudas de derecho con la STS1^a 608/2017 (comentada en esta misma colección por Ballugera Gómez, pp. 195 y ss.) abre en principio el portillo a cualquiera de estas posibilidades:

1^a) Para la Audiencia Provincial de Madrid el asunto era jurídicamente dudoso toda vez que, en el momento de presentar la demanda, el criterio de la Sala

Primera era aplicar la normativa del mercado de valores a los préstamos hipotecarios denominados o referenciados en divisas; criterio que luego cambió con la STS1^a 608/2017; o

2^a) Para la Audiencia Provincial de Madrid el asunto era jurídicamente dudoso porque, en el momento de presentar la demanda, no existía jurisprudencia consolidada sobre el alcance de la obligación precontractual de información a los consumidores que habían contraído un préstamo hipotecario en divisas; orfandad a la que la STS1^a 608/2017 también puso fin.

Personalmente, de las dos posibilidades apuntadas, me inclino a pensar que fue aquella primera la que estuvo tras el controvertido pronunciamiento sobre costas. Que en este último se aludiera a la normativa aplicable a los préstamos en divisas y que la *ratio iuris* de las pretensiones formuladas en la instancia por los consumidores fueran dos normativas diferentes –la del mercado de valores, a título principal, y la de protección a los consumidores, a título eventual o subsidiario– así me llevan a inferirlo.

Naturalmente, de ser mi pensamiento atinado, habría un tercer motivo para sostener que el tan traído y llevado pronunciamiento sobre costas no se adecuó a las exigencias del 394.1 LEC. E incluso un cuarto.

Así, y de una parte, es de notar que la estimación total de una pretensión formulada eventual o subsidiariamente (como en el caso fue la declaración de nulidad parcial del contrato de préstamo con base en el TRLCU) no permite excluir la idea del «*victus victori*» o, lo que es igual, la aplicación del criterio del vencimiento. Así lo sostiene desde antiguo la propia Sala Primera (cfr., entre otras, SSTS1^a 29 de octubre de 1992; 27 de noviembre de 1993; 30 de mayo de 1994; 15 de marzo de 1997; y 27 de septiembre de 2005).

De otra parte, interesa recordar que, antes de que los consumidores prestatarios interpusieran su demanda, el Tribunal de Luxemburgo ya había concluido que los préstamos hipotecarios en divisas no eran instrumentos financieros complejos ni estaban sometidos a las exigencias MIFID. En esto, además, *Banif Plus Bank Zrt.* fue rotunda y no dejó margen de apreciación a los tribunales nacionales (las cláusulas de un préstamo relativas a la conversión de una divisa –se lee en el apartado 72 de la STJUE de 3 de diciembre de 2015– «no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de este»). Pues bien, siendo esto así, y teniendo en cuenta asimismo lo dispuesto en el artículo 4bis.1 LOPJ, me parece claro que lo relativo a la normativa aplicable al fondo del asunto no presentaba en este «serias dudas de derecho». Al contrario: a mi modo de ver, antes incluso de que los consumidores presentaran su demanda, tal extremo se presentaba ya como *objetivamente* inconcuso.

Pero partamos de otra hipótesis y atribuyamos a la STJUE *Andriciuc* y a la STS1^a 608/2017 el mérito de aclarar que las cláusulas de un préstamo hipo-

tecario en divisas están sometidas a la normativa de protección de consumidores. Sobre esta premisa, ¿cabría considerar correcta la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid de no condenar en costas a la entidad financiera en ninguna de las dos instancias? Pues entiendo que tampoco, porque siendo aquellos pronunciamientos anteriores al dictado de la sentencia en segunda instancia, la Audiencia Provincial de Madrid debería haberlos tomado en consideración a efectos de resolver sobre las costas (arg. apartado 3.2 del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Primera de 17 de enero de 2017).

5.4. *La apuesta en favor del recurso de casación*

Como a todos alcanza, la actual configuración de la casación civil impide atacar a través de este recurso los pronunciamientos sobre costas realizados en las diversas instancias. La razón es simple: el único motivo que franquea la casación es «la infracción de las normas aplicables para resolver *las cuestiones objeto del proceso*» (art. 477 LEC).

Pero, ¿y a través del recurso extraordinario por infracción procesal?, ¿es posible impugnar por este otro cauce la infracción de las normas reguladoras de las costas? La Sala Primera entiende que, por regla, tampoco. Así, en efecto, es doctrina constante y reiterada la de que la infracción de las normas sobre costas no es incardinable en el motivo segundo del artículo 469.1 LEC, referido únicamente a normas reguladoras de la sentencia, ni en el motivo tercero del mismo precepto, atinente a las normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad o haya podido producir indefensión (*vid.*, por todas, STS1^a 715/2015 de 14 de diciembre y las muy numerosas resoluciones que en ella se citan).

Lo anterior, no obstante, la Sala Primera admite una excepción a la regla de mano del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, por incurrir la sentencia impugnada en error patente, arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad.

Así, v.gr., en la STS 511/2013 de 18 de julio se lee que: «siendo la imposición de costas una de las consecuencias o condiciones que pueden incidir en el derecho de acceso a la jurisdicción o que pueden actuar en desfavor de quien actúa jurisdiccionalmente (es posible), como sostiene la sentencia del Tribunal Constitucional 51/2009, de 23 de febrero, controlar si la decisión judicial ha podido suponer la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la resolución judicial incurra en error patente, arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o, en su caso, si resulta inmotivada». En similares términos se expresan las más recientes SSTS1^a 607/2018 de 6 de noviembre y 56/2019 de 25 de enero.

Pues bien, puesta en conexión esta excepción con lo señalado en el apartado anterior de este comentario, tengo para mí que en este asunto los consumidores muy bien podrían haber encauzado la impugnación del pro-

nunciamento sobre costas a través del recurso extraordinario por infracción procesal. La deficiente motivación de aquel pronunciamiento y, sobre todo, el error consistente en tener por dudoso un aspecto jurisprudencial aclarado –o, cuando menos, sobrevenidamente aclarado–, refrendaban las posibilidades de que tal recurso resultara exitoso; posibilidades que se sumaban a las que ya de por sí presentaba el recurso de casación.

La estrategia de los recurrentes en este asunto fue, sin embargo, la de jugar tan solo esta última baza (el recurso de casación) y apostar todo a una única carta. Tratándose del principio europeo de efectividad –debieron pensar y con razón– con esa carta bastaba. No en vano, y por seguir el símil que vengo trayendo, en los litigios sobre cláusulas abusivas, aquel principio viene a ser, junto con el principio de equidad, el as de la baraja. En modo alguno exagero. Antes bien, como se ha escrito, «hace ya tiempo que la tradicional “autonomía procesal de los Estados miembros” ha dejado de ser una realidad sólida y de contenido razonablemente preciso, para convertirse en algo que se define más bien en sentido negativo, como aquello no cubierto por los principios de equivalencia y de *efectividad*» (Gascón Inchausti, p. 12).

5.5. *El principio europeo de efectividad: siguiendo los pasos de la STS 419/2017 y de la STJUE CY/Caixa Bank y LG/BBVA*

Conforme se acaba de deslizar, la determinación de los consumidores en invocar como único motivo de casación la infracción de determinados preceptos del TRLCU a la luz del principio europeo de efectividad no entrañaba riesgos. Todo lo contrario: en buena lógica, tanto la doctrina sentada en la STS1^a (Pleno) 419/2017 como aquella otra acuñada por el TJUE en *CY/Caixa Bank y LG/BBVA* apuntaban nítidamente a cuál sería el sentido del fallo de la sentencia ahora comentada. De hecho, basta leer el FJ 3º de esta última para concluir que su *ratio decidendi* lo fue también «por remisión» a lo resuelto en aquellas sentencias.

Traigamos, por tanto, a la vista qué fue lo decidido en la STS1^a 419/2017 y en la posterior STJUE *CY/Caixa Bank y LG/BBVA*.

El contexto en el que recayó la STS1^a 419/2017 se circunscribió materialmente a las conocidas como «cláusulas suelo» y temporalmente al período transcurrido entre el 9 de mayo de 2013 y el 21 de diciembre de 2016. En aquella primera fecha –recuérdese– se publicó la polémica STS1^a 241/2013 que acordó la «irretroactividad» de la declaración de la nulidad de las cláusulas suelo en relación con los pagos efectuados hasta ese mismo día (9 de mayo) por los consumidores. El 21 de diciembre de 2016 recayó, por su parte, *Gutiérrez Naranjo*; resolución en la que el TJUE consideró que aquella interpretación en favor de la «irretroactividad» realizada por el Alto Tribunal conculcaba la regla de no vinculación del consumidor establecida en el artículo 6.1. de la Directiva 93/13. En este ínterin, en suma, el alcance de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo se presentaba a nivel

interno como una cuestión jurídicamente dudosa; lo que, a efectos de costas y a tenor de lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398 LEC, conducía a aplicar la excepción al criterio del vencimiento. Sin embargo, no fue esto lo que se concluyó en la STS1ª 419/2017. Antes bien, lo decidido en ella fue que, si el consumidor resulta vencedor, aunque se den serias dudas de derecho, lo obligado es condenar en costas al profesional demandado.

Como habrá quien haya adivinado, el principal argumento que sostuvo esta decisión fue el principio europeo de efectividad, toda vez que, en consideración de la Sala, la no imposición de costas en los casos de «serias dudas de derecho» hacía excesivamente difícil la efectividad de la regla de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, prevista en el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. Dicho de otro modo y en palabras de la propia STS1ª 419/2017:

«() Si en virtud de esa salvedad (la relativa a las «serias dudas de derecho» prevista en los arts. 394.1 y 398 LEC) 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, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas».

Y añadía: *«La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio».*

Tras la STS1ª 419/2017, otras muchas resoluciones del Alto Tribunal recaídas en litigios sobre cláusulas suelo asumieron la misma conclusión (la de condenar en costas al profesional pese a existir serias dudas de derecho) y con el mismo argumento (el de dar efectividad a la regla de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas). Ejemplos de estas resoluciones son los AATS1ª de 14 de septiembre y 8 de noviembre de 2017; así como las SSTS1ª 456/2017, 457/2017 y 458/2017, todas de 18 de julio; 463/2017, 464/2017, 465/2017, 466/2017, 467/2017, 468/2017, todas de 19 de julio; y 424/2018, de 4 de julio. Más recientemente, y con cita de la sentencia aquí comentada, se han dictado también las SSTS1ª 18/2021, de 19 de enero; 27/2021, de 25 de enero; y 31/2021, de 26 de enero.

Lo anterior, empero, no significa que frente a la doctrina acuñada en la STS1ª 419/2017 no se alzarán voces críticas. De hecho, esta resolución contó con el voto particular de tres magistrados, a cuyo juicio la circunstancia de que el consumidor deba soportar las costas derivadas de la defensa de sus pro-

pios derechos no afecta al principio de efectividad, toda vez que este principio solo exige «una aplicación más restrictiva de la facultad prevista en el inciso segundo del art. 394.1 LEC, y una motivación más exigente y rigurosa». Y el mismo rechazó causó a un sector de la doctrina procesalista; a tal punto que hubo incluso quien la tachó de un «desacierto y una exageración» fruto de una «jurisprudencia radicalmente paternalista e hiperprotectora del consumidor, así como de un probable ambiente de disgusto, culpabilidad e inquietud para los magistrados del Tribunal Supremo» (la tacha es de Vallines García y está extraída de su brillante comentario a la STS1^a 419/2017 incluido en esta colección, p. 318).

Hablando ya en primera persona, y sopesando detenidamente las razones que otrora sostuvieron las críticas a la STS1^a 419/2017, confieso no comulgar con ellas. En mi opinión, el problema que subyacía a esta sentencia trascendía de la legalidad ordinaria y no permitía, en consecuencia, una solución acuñada desde la mera perspectiva doméstica. Coincido además en la idea de que, pasadas por el tamiz del principio de efectividad, las excepciones al criterio del vencimiento previstas en el artículo 394.1 LEC sí operan un importante efecto disuasorio para el consumidor a la hora de promover litigios. Esta afirmación sigue siendo válida a la luz de las exigencias del propio TJUE (*i.e.*, «teniendo en cuenta el lugar que ocupan dichas disposiciones en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales»). Y es que, se mire por donde se mire, que algunos de esos consumidores puedan aspirar al beneficio de justicia gratuita o trabar con su abogado un pacto de estricta cuota litis, o que todos ellos cuenten con el *favor iudicis* en lo relativo al control de las cláusulas eventualmente abusivas, no resta a que unos y otros –sabedores de que, aun ganando el pleito, podrían tener que asumir sus propias costas– decidan claudicar al riesgo y no emprender un litigio frente al profesional.

Opiniones a un margen, lo que es indiscutible es que, en materia de costas, la interpretación acuñada en la STS1^a 419/2017 comporta una evidente inflexión al principio de igual de armas procesales, ya que, a su albur, que un asunto sea jurídicamente dudoso es circunstancia que puede aprovechar al consumidor pero profesional demandado. Y aún hay otro extremo que roza la evidencia: la STS1^a 419/2017 abrió una brecha en lo relativo a la adecuación de nuestro actual régimen legal de imposición de costas con el Derecho de la Unión; brecha que animó, tiempo después, a cuestionar algún otro criterio legal ante el Tribunal de Luxemburgo.

Esto último engarza con la STJUE *CY/Caixa Bank y LG/BBVA*: la segunda resolución en que se apoya la sentencia aquí comentada y que ha supuesto otra importante grieta en nuestro régimen legal de imposición de costas.

El contexto en que se dictó *CY/Caixa Bank y LG/BBVA* fue el de las cláusulas de gastos hipotecarios. En este marco, y en lo que interesa, la cuestión que en esta sentencia enfrentó el TJUE fue la de si el Derecho de la Unión colisionaba con una disposición que permite que el consumidor cargue con

parte de las costas cuando se estima plenamente la acción de nulidad de una cláusula contractual, pero se estima parcialmente la acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de esa cláusula. Más simplemente: la cuestión a elucidar era si la Directiva 93/13, interpretada a la luz el principio de efectividad, se oponía a las previsiones del artículo 394.2 LEC para los supuestos de estimación parcial de la demanda («Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones –reza el precepto–, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad»).

Llegados a este punto, y con vistas a lo que se dirá después, me permito hacer un paréntesis para recordar que, según una muy consolidada jurisprudencia, la regla general de la no condena en costas en caso de estimación parcial no solo encuentra una excepción en el supuesto de que una de las partes haya actuado con temeridad, sino también en el de estimación sustancial de la demanda. Así las cosas, cuando la diferencia entre lo reclamado por el demandante y lo reconocido en la sentencia es mínima o leve, la estimación sustancial se equipara a la estimación total, aplicándose, en consecuencia, el criterio del vencimiento.

Hecho el recordatorio, y volviendo a la cuestión de si la Directiva 93/13 se oponía a las previsiones del artículo 394.2 LEC, el TJUE respondió que sí, en la convicción de «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». Para el Tribunal de Luxemburgo –dicho de otro modo–, el primer inciso del artículo 394.2 LEC provocaba respecto de los consumidores lo que nuestro Alto Tribunal había bautizado como «efecto disuasorio inverso».

Como en su día vaticinó Achón Bruñén (2020, pp. 16 y ss.), la solución dada en *CY/Caixa Bank* y *LG/BBVA* al problema de las costas en supuestos de estimación parcial de la demanda está ocasionando serios problemas a nivel interno:

Así, con apoyo en *CY/Caixa Bank* y *LG/BBVA*, hay Audiencias que entienden que la estimación plena de la acción de nulidad de una cláusula contractual lleva siempre aparejada la imposición de las costas a la entidad financiera y, por ende, también en los casos en que se estima parcialmente la acción restitutoria (*cf.*, entre otras, SAP de Zaragoza 1015/2020 de 17 de diciembre; SAP de Badajoz 634/2020 de 14 de septiembre; y SAP de Lleida 624/2020 de 1 de octubre).

Por el contrario, para alguna otra Audiencia, el artículo 394.2 LEC sigue teniendo vigencia tras *CY/Caixa Bank* y *LG/BBVA*, si bien una interpretación conforme de aquel artículo con esta sentencia exige distinguir entre el caso: (i) de que la acción restitutoria se estime en parte, llevando a cabo un reparto equilibrado de las cantidades soportadas por el consumidor; caso en que, el principio de efectividad determina que se impongan las costas al banco; y

(ii) el de que la pretensión restitutoria se desestime íntegramente o se estime en una cantidad poco significativa respecto del total reclamado; caso en que habría que aplicar la regla del 394.2 LEC y no condenar en costas a la entidad financiera (esta es la interpretación sostenida por la Sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, entre otras, en sus sentencias 2516/2020 de 25 de noviembre; 2524/2020 de 26 de noviembre; y 2809/2020 de 18 de diciembre).

A expensas de que la Sala Primera fije criterio sobre el alcance que, respecto de las previsiones del 394.2 LEC, supone la doctrina sentada en *CY/Caixa Bank* y *LG/BBVA*, una cosa al menos está clara: si para el TJUE la estimación parcial de la demanda del consumidor no excluye la condena en costas de la entidad financiera, con mayor razón no cabe excluir esta última allí donde las pretensiones del consumidor sean íntegramente estimadas. Traigo esto a colación porque, lejos de lo que puede parecer a simple vista, la mención que en la sentencia comentada se hace a *CY/Caixa Bank* y *LG/BBVA* ni es un mero *flatus vocis* ni está mal traída. Antes bien, desde la sempiterna perspectiva del principio de efectividad, aquella mención puede tenerse como un argumento *a minore ad maius*.

5.6. Una mirada al futuro

Las consideraciones anteriores muy bien pueden resumirse así: el único valor, si es que puede considerarse tal, de la sentencia comentada es el de extender a las cláusulas divisa lo mantenido en su día por la propia Sala Primera respecto de las cláusulas suelo. Con todo, de esta resolución también podría destacarse otro «valor» añadido: el de traer a su texto aquellos criterios de imposición de costas que actualmente no resultan de aplicación a los litigios con consumidores. Me refiero, claro es, a la excepción al criterio del vencimiento objetivo por presentar el asunto serias dudas de derecho (art. 394.1 LEC); y al criterio que anuda a la estimación parcial de las pretensiones de las partes el abono de las costas generadas por cada una de ellas y las comunes por mitad (art. 394.2 LEC, inciso primero).

Como digo, estas son las actuales inflexiones jurisprudenciales al régimen legal de las costas en los litigios con consumidores. No es descartable, sin embargo, que en el corto o en el medio plazo se sume a ellas alguna más. En este orden de cosas, no puede dejar de apuntarse que el pasado verano el Juzgado de Primera Instancia n.º 49 de Barcelona elevaba a Luxemburgo una cuestión prejudicial, asunto C-385/20, en la que se interpelaba al TJUE sobre la adecuación al Derecho de la Unión del artículo 394.3 LEC, apartado primero. Ni que decir tiene que los términos de la cuestión formulada por el Juzgado catalán se enmarcaban en un proceso sobre cláusulas abusivas predispuestas frente a consumidores y giraban en torno a la adecuación de este precepto con el principio de efectividad y los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13. Esta por ver, en definitiva, si también las previsiones de aquel artículo engrosarán *de futuro* las normas sobre costas que no se aplican a los procesos con consumidores.

Por lo demás, aunque con la vista puesta también en el futuro, se coincidirá conmigo que, entre las tareas próximas del legislador procesal, debería estar la de incorporar los criterios gestados jurisprudencialmente en materia de costas a los que vengo aludiendo en estas páginas. Sin embargo, no parece que vaya a ser así. Al menos, tal es lo que se desprende del recién aprobado Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia procesal del servicio público de Justicia: un texto que incorpora importantes reformas en la regulación de las costas pero ninguna en el sentido apuntado.

5.7. Conclusión

La sentencia de 17 de septiembre de 2020 reitera para las cláusulas divisa el mismo criterio sostenido años atrás para las cláusulas suelo: en caso de estimación total de la demanda de un consumidor, la regla general del vencimiento objetivo no puede exceptuarse por la existencia de dudas en derecho. En esto igual da que las dudas sean «serías», como exige el art. 394.1 LEC, o que no lo sean tanto como –pienso– sucedió en este asunto.

Que la Sala Primera abunde en este criterio es del todo coherente con el principio europeo de efectividad y con la interpretación que a su albur hace el TJUE de la Directiva 93/13. Es más: en materia de costas, bien puede decirse que nuestro Alto Tribunal y el Tribunal de Luxemburgo están alineados. A la sazón, ambos convergen en que, estando en juego la protección de los consumidores, se impone un régimen propio en lo relativo a las costas que no encaja con las actuales previsiones de la Ley procesal civil y, por ende, que obliga a nuestros tribunales nacionales a inaplicarlas.

Aquel régimen propio alcanza, de momento, a los artículos 394.1 y 394.2 LEC. Solo el tiempo dirá si se amplía a otras normas reguladoras de las costas y, si tal y como ha sucedido con otras normas procesales, el principio de efectividad traerá nuevos cambios legislativos también en lo que atañe a las costas procesales.

6. Bibliografía

- ACHÓN BRUÑÉN, M.J., «¿Qué ha cambiado tras la STJUE de 16 de julio de 2020: gastos hipotecarios, comisión de apertura, prescripción de la acción y costas?», *Diario La Ley*, n° 9700, 21 de septiembre de 2020, pp. 1-29.
- BALLUGERA GÓMEZ, C., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017. Nulidad parcial por falta de transparencia de la hipoteca multidivisa», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 9 (2017), dir. M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 195-209.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., *Reglas, excepciones y pronunciamiento sobre costas*, Colección 20 años LEC 2000, La Ley, Madrid, 2019.

VALLINES GARCÍA, E., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2017 (419/2017). Costas en litigios sobre cláusula suelo y principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 9 (2017), dir. M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 309-324.