

**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**

Comentario a cargo de:  
ENRIQUE VALLINES GARCÍA  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad Complutense de Madrid  
Investigador del Proyecto DER 2015-64756-P  
Consultor Académico en *Sacristán & Rivas Abogados*

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO DE 2017**

**RoJ:** STS 2501/2017 - **ECLI:** ES:TS:2017:2501

**ID CENDOJ:** 28079119912017100018

**PONENTE:** EXCMO. SR. DON FRANCISCO MARÍN CASTÁN

**Asunto:** Los arts. 394.1 y 398.1 LEC disponen que las costas procesales serán impuestas al litigante a quien se desestimen todas sus pretensiones en la primera instancia y al recurrente que vea desestimado íntegramente su recurso, salvo que el caso presente “*serias dudas de hecho o de Derecho*”. Sin embargo, la STS1.<sup>a</sup> (Pleno) 419/2017, de 4 de julio, viene a considerar que en los pleitos sobre cláusulas abusivas en los que un consumidor demandante resulte vencedor, *aunque el caso presente serias dudas de Derecho*, el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE (que proclama el derecho del consumidor a no estar vinculado por las cláusulas abusivas) impide aplicar la excepción prevista en los arts. 394.1 y 398.1 LEC y, por ende, obliga a imponer las costas al profesional demandado. El argumento principal del Tribunal Supremo

es el llamado “principio de efectividad” del Derecho de la Unión Europea, según el cual deben inaplicarse las normas procesales nacionales (en nuestro caso los arts. 394.1 y 398.1 LEC en cuanto que establecen que no habrá imposición de costas si el caso presentaba serias dudas de Derecho) que hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio judicial de los derechos reconocidos en las normas sustantivas europeas (en este caso, del derecho del consumidor a la no vinculación a las cláusulas abusivas, establecido en el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE). La conclusión del Tribunal Supremo resulta desacertada, puesto que introduce una desigualdad sin la autorización del legislador y no tiene en cuenta la finalidad de los arts. 394.1 y 398.1 LEC ni el contexto normativo en el que se ubican.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Las alegaciones ante el Tribunal Supremo. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. Las razones del Tribunal Supremo para imponer las costas al banco perdedor incluso cuando existían “*serias dudas de Derecho*” sobre el alcance de la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. 5.2. Crítica al argumento principal del Tribunal Supremo: la efectividad del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE no se ve excesivamente dificultada por la excepción prevista en los arts. 394.1 y 398.1 LEC. 5.3. El argumento del carácter accesorio de la pretensión jurídicamente dudosa. 5.4. Conclusión. **6. Bibliografía.**

## 1. Resumen de los hechos

El 9 de mayo de 2013, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó su conocida –y polémica– Sentencia 241/2013 (en adelante, STS-2013) en la que declaró nulas las “cláusulas suelo” (esto es, las cláusulas que establecen un tipo de interés mínimo) incluidas en ciertos contratos de préstamo hipotecario con tipo de interés variable. Ahora bien, apartándose de a regla general del art. 1303 CC, el Tribunal Supremo acordó la “*irretroactividad*” de los efectos de la declaración de nulidad, de tal forma que no se verían afectadas por su Sentencia, por un lado, “*las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada*” y, por otro, “*los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la esta sentencia*”. Así, el Tribunal Supremo parecía buscar un cierto equilibrio entre la protección al consumidor y la estabilidad del sistema financiero, toda vez que obligar a los bancos a devolver las cantidades percibidas en virtud de las cláusulas suelo antes del 9 de mayo de 2013 “*generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia en el orden público económico*” (véase el FJ

17 de la STS-2013, comentado, en esta misma colección, por VALERO FERNÁNDEZ-REYES, 2016, págs. 171-184).

Después de la STS-2013, numerosos consumidores que no habían litigado todavía con sus bancos –y que, por tanto, no estaban en afectados por la cosa juzgada–, formularon demandas individuales solicitando la nulidad de sus respectivas cláusulas suelo, así como la condena a los bancos demandados a devolver *todas* las cantidades abonadas en virtud de aquellas cláusulas *desde el momento de la celebración de los contratos*. En lo que ahora nos importa, argumentaban los consumidores que, si bien las razones de la STS-2013 les eran plenamente aplicables en lo que a la abusividad de las cláusulas se refería, la “irretroactividad” de los efectos de la nulidad declarada en la STS-2013 no podía afectar a sus demandas *individuales* puesto que esta Sentencia se había dictado como consecuencia del ejercicio de una acción *colectiva* de cesación por parte de una Asociación de Consumidores; y, por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1303 CC, ellos tenían derecho a la devolución de todos y cada uno de los pagos realizados en virtud de las cláusulas declaradas nulas, incluidos los pagos anteriores al 9 de mayo de 2013.

Pues bien, uno de esos consumidores fue el actor en el asunto que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo que ahora comentamos, D. Plácido, quien, el 9 de diciembre de 2013, demandó a La Caixa, luego llamada Caixa-bank, solicitando la nulidad de la cláusula suelo de su préstamo hipotecario, la devolución íntegra de todas las cantidades pagadas con base en la existencia de esa cláusula y la imposición de costas a la parte demandada.

## 2. Solución dada en primera instancia

Mediante Sentencia de 4 de noviembre de 2014, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria/Gasteiz estimó íntegramente la demanda, incluso en lo relativo a la devolución de los pagos anteriores a la STS-2013.

En línea con lo expuesto por el actor en su demanda, el Juzgado consideró que la STS-2013 resolvía sobre una acción colectiva de cesación, dirigida a poner fin a una conducta “*en lo sucesivo*” (cfr. art. 12.2 LCGC), lo cual justificaba la irretroactividad de los efectos de la nulidad que dicha STS-2013 proclamaba. Sin embargo, la acción ejercitada por D. Plácido era una acción de diferente naturaleza, a saber, una acción individual de declaración de nulidad (cfr. art. 9 LCGC), a la que debía ser plenamente aplicable la restitución recíproca de prestaciones, en los términos previstos en el art. 1303 CC.

De esta forma, el Juzgado seguía la línea de interpretación marcada no solo por “su” Audiencia Provincial –la de Álava–, sino también por otras muchas Audiencias a lo largo y ancho del territorio nacional (véase, en este sentido, la información y el mapa publicados en el Diario El Mundo el 16 de diciembre de 2014: <http://www.elmundo.es/economia/2014/12/16/548ea7e0268e3e087e8b456e.html>).

### 3. Solución dada en apelación

El 4 de diciembre de 2014, Caixabank recurrió en apelación la Sentencia de primera instancia, interesando su revocación íntegra por entender que la cláusula suelo no era abusiva y, subsidiariamente, su revocación parcial por considerar que la condena a devolver pagos realizados antes del 9 de mayo de 2013 vulneraba la doctrina de la STS-2013 en lo relativo a la irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad.

Antes de que la Audiencia Provincial de Álava resolviese el recurso de apelación, se conoció la Sentencia plenaria del Tribunal Supremo 139/2015, de 25 de marzo, rec. 138/2014 (en adelante, STS-2015), la cual fijó como doctrina que, cuando, con ocasión del ejercicio de una acción *individual*, se declarase la nulidad de una cláusula suelo, también sería aplicable la irretroactividad prevista en la STS-2013, de manera que los pagos percibidos en virtud de la cláusula nula antes del 9 de mayo de 2013 deberían quedar en manos del prestamista-demandado y los posteriores deberían reintegrarse al consumidor-demandante (véanse los FFJJ 6-11 de la STS-2015, comentados, en esta misma colección, por NÁJERA PASCUAL, 2017, págs. 309-314).

Asumiendo la doctrina de la STS-2015, la Audiencia Provincial de Álava, rectificó la que, hasta entonces, había venido siendo su doctrina en materia de efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo y estimó parcialmente el recurso de apelación de Caixabank, en el sentido de revocar la Sentencia del Juzgado “*en cuanto que la condena de pago se limitará a la devolución de los intereses percibidos como efecto de las cláusulas suelo desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013*” (véase SAP Álava, secc. 1, 199/2015, de 4 de junio, rec. 187/2015).

### 4. Las alegaciones ante el Tribunal Supremo

La reacción de los consumidores y de los tribunales inferiores frente a la STS-2015 no fue, sin embargo, de absoluta sumisión. El mismo día en que se dictaba la STS-2015 –el 25 de marzo de 2015–, un Juzgado de Granada planteaba al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) una cuestión prejudicial en la que, en esencia, preguntaba si la irretroactividad establecida por la STS-2013 –en el marco de una acción colectiva– y confirmada por la STS-2015 –también para las acciones individuales– era contraria a la regla de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas proclamada en el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Y, unos meses más tarde, en julio de 2015, la misma cuestión prejudicial era elevada al TJUE por la Audiencia Provincial de Alicante.

En el caso que comentamos, D. Plácido interpuso recurso de casación contra la Sentencia de apelación por considerar vulnerados el art. 1303 CC

y el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE; y, una vez personado en el Tribunal Supremo, el 26 de noviembre de 2015, interesó el planteamiento al TJUE de la cuestión prejudicial de Derecho europeo en términos sustancialmente coincidentes con los que acabamos de referir.

Antes de que el Tribunal Supremo decidiera sobre la admisión del recurso de D. Plácido, el TJUE resolvió las cuestiones prejudiciales que habían sido suscitadas por el Juzgado de Granada y por la Audiencia de Alicante mediante su conocida Sentencia de 21 de diciembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (en adelante, STJUE-2016). En ella, declaró que la irretroactividad de los efectos de la declaración nulidad de las cláusulas suelo vulneraba, efectivamente, la regla de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas establecida en el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. La desautorización de la STJUE-2016 a la STS-2013 y a la STS-2015 fue evidente: donde el Tribunal Supremo venía diciendo, con toda nitidez, que los efectos económicos de las cláusulas suelo nulas se debían mantener hasta el 9 de mayo de 2013, el TJUE decía ahora que el Derecho europeo imponía deshacer, a favor del consumidor, todos esos efectos económicos –también los anteriores al 9 de mayo de 2013–.

El único punto en el que el TJUE se mostró de acuerdo con el Tribunal Supremo fue en dejar a salvo los asuntos ya decididos con fuerza de cosa juzgada: en estos casos, la seguridad jurídica exigía dejar las cosas como estaban. Sin embargo, respecto de los casos nuevos o los casos pendientes –como el de D. Plácido contra Caixabank–, el Derecho de la Unión exigía que la declaración de nulidad de las cláusulas suelo tuviera plenos efectos retroactivos.

Una vez conocida la STJUE-2016, el Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso de D. Plácido y emplazó a las partes para hacer alegaciones sobre la eficacia de la Sentencia europea en el caso concreto planteado. Lógicamente, D. Plácido alegó que la STJUE-2016 confirmaba que su recurso debía estimarse, al haberse vulnerado el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. Y, por su parte, Caixabank, mediante un escrito de 24 de febrero de 2017, solicitó que el recurso fuera desestimado por incurrir en distintas causas de inadmisibilidad y, subsidiariamente, para el caso de que el recurso de D. Plácido sí se considerara admisible, manifestó que, a la vista de la STJUE-2016, no se oponía a su estimación, al tiempo que interesó que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, no se le impusieran las costas ni de la primera ni de la segunda instancia por haber presentado el asunto durante su tramitación “*serias dudas de Derecho*”.

Curiosamente, en la misma fecha en la que Caixabank hacía sus alegaciones –el 24 de febrero de 2017–, el Tribunal Supremo dictó su Sentencia (Pleno) 123/2017, de 24 de febrero, rec. 740/2014 (en adelante, STS-2017), en la cual, en virtud de la primacía del Derecho europeo sobre el Derecho nacional, reconoció que su doctrina sobre la irretroactividad incluida en la STS-2013 y en la STS-2015 había quedado invalidada para todos los litigios no iniciados o no finalizados en materia de cláusulas suelo (véase el comen-

tario a la STS-2017, en este mismo volumen de esta colección, de DÍAZ FRAILE, 2018, págs. 87-121).

## 5. Doctrina del Tribunal Supremo

### 5.1. *Las razones del Tribunal Supremo para imponer las costas al banco perdedor incluso cuando existían “serias dudas de Derecho” sobre el alcance de la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo*

La Sentencia que comentamos, en su FJ 3, rechaza la existencia de causas de inadmisibilidad en el recurso de D. Plácido y, entrando en el fondo del asunto, lo estima con base en la nueva doctrina jurisprudencial proclamada en la STJUE-2016 y en la STS-2017, tal y como era previsible.

Sin embargo, la sorpresa se produce cuando, en los FFJJ 4 y 5, la Sala entra a resolver sobre la petición de Caixabank de que no se le impongan las costas de las instancias por existir “*serias dudas de Derecho*” en torno al tema del alcance de la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

El Alto Tribunal comienza reconociendo que “*la tesis del banco no carece de fundamento*”, con una alusión expresa a que el “*carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial*” aparece en el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 27 de enero 2017 como criterio relevante para resolver sobre las costas y a que ese argumento había resultado determinante en la STS-2017 para no imponer al banco –entonces recurrente– las costas del recurso de casación, pese a su desestimación. Cabe, desde luego, añadir que ambas consideraciones son perfectamente coherentes con el art. 394.1 LEC y el art. 398.1 LEC (éste último por remisión al anterior), cuando dicen: “*Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares*”.

Pero, a pesar de lo anterior, la Sala termina declarando que, en “*todos los casos similares al presente*”, no cabe exceptuar el criterio objetivo del vencimiento y que, por tanto, las costas de las dos instancias anteriores deben imponerse al banco que ha terminado viendo rechazadas todas sus pretensiones.

Para justificar esta sorprendente decisión, el Tribunal Supremo viene a utilizar dos argumentos, uno principal y otro complementario:

a) El argumento principal es el “principio de efectividad” del Derecho de la Unión Europea (al respecto, véase la excelente exposición de SERRANO MASIP, 2016, págs. 5-10), puesto que, según el Alto Tribunal, la no imposición de costas en los casos de serias dudas de Derecho haría 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 (esto es, la efectividad del mis-

mo precepto que, precisamente, utilizó el TJUE para desautorizar la doctrina sobre la retroactividad incluida en la STS-2013 y en la STS-2015).

b) Y el argumento complementario –en realidad, subsidiario– vendría a ser que la pretensión afectada por las serias dudas de Derecho –la relativa al alcance de la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo– tendría carácter accesorio y, con independencia de cuál fuera el sentido de la decisión sobre ella, se habría producido una suerte de “desestimación sustancial” de las pretensiones de la parte demandada, lo cual obligaría a imponerle las costas de acuerdo con el criterio objetivo del vencimiento.

En efecto, tras traer a colación el principio de efectividad del Derecho europeo ante los tribunales nacionales y transcribir varios pasajes de la STJUE-2016 sobre el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, el Tribunal Supremo concluye, literalmente, lo siguiente:

*“[ ] esta Sala considera que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado. Las razones en que se concretan estas consideraciones son las siguientes:*

*1.ª) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.*

*2.ª) Si en virtud de esa salvedad 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.*

*3.ª) 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.”*

Y, a reglón seguido, a modo de argumento complementario, el Tribunal Supremo viene añadir que la aplicación del criterio objetivo del vencimiento

para imponer al banco las costas de las instancias estaría justificada porque, sustancialmente, todas las pretensiones de la parte demandada se habían visto finalmente desestimadas. Dice literalmente el Alto Tribunal:

*“4.ª) En el presente caso, además, la actividad procesal del banco demandado no se limitó a invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo. Muy al contrario, [ ], antes de contestar a la demanda pidió la suspensión del curso de la actuaciones por prejudicialidad civil; al contestar a la demanda planteó dos excepciones procesales, se opuso totalmente a la nulidad de la cláusula suelo, no solo a la restitución de lo indebidamente cobrado en virtud de la misma, y reiteró su petición de suspensión por prejudicialidad civil, interesó subsidiariamente el sobreseimiento del litigio y, para el caso de no acordarse este, solicitó la desestimación total de la demanda; al recurrir en apelación reiteró de nuevo su petición de suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil, pese a que ya había sido rechazada en la audiencia previa, e interesó la revocación total de la sentencia de primera instancia, es decir, no solo el pronunciamiento que condenaba al banco a devolver todo lo percibido en virtud de la cláusula suelo; y, en fin, al personarse ante esta Sala, cuando todavía no se había dictado la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, interesó la inadmisión del recurso de casación del consumidor demandante, pero insistió en esa misma petición de inadmisión, con carácter principal, incluso después de haberse dictado dicha sentencia y ser entonces ya evidente que el recurso de casación estaba cargado de razón y correctamente formulado.”*

Esta conclusión y sus “razones” –sobre todo la principal, relativa a la necesidad de dar efectividad a la regla de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas– se vienen reproduciendo acriticamente en todas las sentencias posteriores del Tribunal Supremo en litigios sobre cláusula suelo, a fin de justificar, sin mayores explicaciones, la imposición de las costas de las instancias al banco demandado. Así lo hacen, por ejemplo, las SSTS1.ª 456/2017, de 18 de julio, rec. 2153/2015; 457/2017, de 18 de julio, rec. 2727/2015; 458/2017, de 18 de julio, rec. 2728/2015; 463/2017, de 19 de julio, rec. 546/2015; 465/2017, de 19 de julio, rec. 3054/2015; 466/2017, de 19 de julio, rec. 3270/2015; y 554/2017, de 11 de octubre, rec. 258/2017.

No obstante, también en sentencias posteriores, el Tribunal Supremo ha matizado que no cabrá imponer al banco las costas de las instancias anteriores cuando el consumidor hubiera consentido los pronunciamientos del Juzgado o de la Audiencia que acordaban no hacer tal imposición. Dicho de otro modo: en los casos en que la sentencia de primera instancia o la sentencia de segunda instancia hubieran acordado en su día no imponer las costas, solo procederá la imposición de las costas de las instancias al banco cuando el consumidor hubiera impugnado efectivamente los pronunciamientos correspondientes; si



el consumidor no recurrió esos pronunciamientos –los consintió–, el Tribunal Supremo no los alterará. Así, por ejemplo, las SSTSl.<sup>a</sup> 464/2017, de 19 de julio, rec. 1112/2015, 467/2017, de 19 de julio, rec. 1113/2015, 468/2017, de 19 de julio, rec. 648/2015, y 3/2018, de 10 de enero, rec. 1448/2015, FJ 4, mantienen el pronunciamiento de no imposición de costas de la primera instancia porque no fue apelado por los consumidores demandantes en su día.

*5.2. Crítica al argumento principal del Tribunal Supremo: la efectividad del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE no se ve excesivamente dificultada por la excepción prevista en los arts. 394.1 y 398.1 LEC*

El argumento principal esgrimido por el Tribunal Supremo para imponer al banco las costas de las instancias no me parece acertado.

Hay que partir de que las serias dudas de Derecho eran más que evidentes en relación con la cuestión del alcance de la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: la demanda se interpone en 2014, cuando existía jurisprudencia contradictoria de las Audiencias acerca de si la irretroactividad de la STS-2013 se aplicaba a las acciones individuales; pendiente el recurso de apelación, la STS-2015 zanja la cuestión en un determinado sentido; pero, pendiente el recurso de casación, la STJUE-2016 y la STS-2017 terminan resolviendo que la cuestión debe zanjarse en sentido contrario. Esto lo viene a reconocer la Sala en el párrafo 4.º del FJ 5 de la Sentencia que comentamos, en el que se da por sentado que se ha producido un cambio sobrevenido de la doctrina jurisprudencial.

Asumiendo que esas serias dudas jurídicas serían suficientes para aplicar la excepción prevista en los arts. 394.1 y 398.1 LEC y no imponer al banco las costas de las instancias, surge la cuestión de si la aplicación de esa excepción compromete gravemente la efectividad del derecho del consumidor a no quedar vinculado por las cláusulas abusivas, reconocido en el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. A esta cuestión, el Tribunal Supremo responde afirmativamente y, siendo consecuente con los principios de primacía y de efectividad, impone las costas al banco perdedor.

Adviértase que esta tesis conduce a una desigualdad para las partes: en igualdad de condiciones (pérdida del pleito) una parte (el banco) no se beneficia de la aplicación de una norma legal (la excepción prevista en los arts. 394.1 y 398.1 LEC), mientras que la parte contraria (el consumidor), sí se beneficiaría. Podríamos asumir la constitucionalidad (nótese que la igualdad procesal es un derecho fundamental de las personas; cfr. arts. 14 y 24.1 CE y arts. 20 y 47 CDFUE) y, en fin, la justicia de esa desigualdad sobre la base de que la posición de inferioridad en que, en el plano material, se halla el consumidor respecto del banco justifica que aquél pueda disfrutar de ciertas ventajas en el plano procesal (como ocurre, por ejemplo, con las ventajas que otorgan al consumidor reglas especiales de competencia o de carga de la prueba).

Pero, en mi opinión, dado que no existe ningún precepto legal –ni nacional ni europeo– que expresamente prevea tal desigualdad como ventaja procesal del consumidor frente al profesional, cualquier intento de introducirla por vía interpretativa debe ser especialmente cauteloso, para evitar que los tribunales terminen usurpando el poder legislativo. Y esa cautela es la que me lleva a considerar que la tesis del Tribunal Supremo no es acertada: interpretar que la regla de no vinculación del consumidor a cláusulas abusivas establecida en el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE comporta, entre otras consecuencias, la necesidad de establecer una desigualdad favorable al consumidor en materia de imposición de costas me parece una exageración.

Se trata de un desacierto y una exageración que nacen en el contexto de una jurisprudencia radicalmente paternalista e hiperprotectora del consumidor, así como en un probable ambiente de disgusto, culpabilidad e inquietud entre los magistrados del Tribunal Supremo, poco propicio para las decisiones tranquilas y reposadas: disgusto, al haberse visto desautorizados por una sentencia –la STJUE-2016– que no quiso comprender que la STS-2013 buscaba un equilibrio entre protección al consumidor y estabilidad del sistema financiero y que, bajo el estandarte del art. 6.1 de la Directiva, pareció establecer la regla de que “el banco siempre lo debe pagar todo”; culpabilidad, al ser conscientes de que en su STS-2013 y su STS-2015 estaba el origen de las dudas de Derecho y los vaivenes jurisprudenciales; e inquietud, ante la perspectiva de que, si ahora decidían no imponer al banco las costas, pudieran ser nuevamente desautorizados por el TJUE tras el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial.

El desacierto y la exageración se aprecian, creo, si se analizan las dos afirmaciones que, para mí, son la clave de bóveda de la argumentación del Tribunal Supremo, a saber: que la regla de no vinculación a las cláusulas abusivas exige que el tribunal disponga lo necesario para colocar al consumidor en “*la situación de hecho y de Derecho [...] que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva*”; y que, en caso de que sí se aplicara la excepción de los arts. 394.1 y 398.1 LEC, “*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*”.

Aceptando la validez de la primera afirmación –la de que es necesario poner al consumidor en la situación en la que se encontraría si la cláusula suelo abusiva no hubiera existido– por adecuarse irrepudablemente al art. 6.1 de la Directiva (amén de al art. 1303 CC), la cuestión que ahora debemos plantearnos es la de si esta exigencia de Derecho material comporta también la necesidad de imponer al profesional las costas procesales en todo caso, incluso cuando haya serias dudas de Derecho. Una respuesta afirmativa –que es la que da el Tribunal Supremo– nos podría situar en una situación que pugna frontalmente con la clara voluntad del legislador de excluir la condena en costas en los casos de “*serias dudas de Derecho*”, lo cual no parece muy razonable. Y es que son muchas las normas sustantivas que prevén que, tras declararse la nulidad de un acto jurídico, las partes sean colocadas en la posición en la que hubieran

estado si ese acto nunca hubiera existido (cfr. arts. 1303 y 1307 CC, en relación con otros preceptos que se refieren a la nulidad de un acto jurídico, por ejemplo, los arts. 641, 647, 792, 794, 1081, 1116, 1208, 1300, 1322 o 1328 CC). Aunque esas normas no sean de Derecho europeo –y, por ende, no se beneficien de los principios de primacía y efectividad–, sí que cabría considerarlas *leges speciales* frente a las normas procesales generales; y, por eso, de acuerdo con el principio *lex specialis derogat generali*, la excepción de los arts. 394.1 y 398.1 LEC nunca sería aplicable en estos casos, de manera que, fuera quien fuera el actor –consumidor o no–, siempre se impondrían las costas al litigante perdedor en caso de estimación de la demanda. Así, se multiplicaría el número de casos en los que no procedería aplicar aquella excepción, lo cual no parece compatible con los términos en los que, actualmente, están formulados los arts. 394.1 y 398.1 LEC.

Por otro lado, a mi juicio, la segunda afirmación –la de que la no imposición de costas al banco por existencia de dudas de Derecho “*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*”– carece de sentido en asuntos como el de D. Plácido y es más que discutible desde una perspectiva general.

En este sentido, téngase en cuenta que la decisión del Tribunal Supremo acerca de las costas de las instancias en el asunto resuelto por la Sentencia que comentamos estaba llamada a tener virtualidad solamente en los procesos ya pendientes que se iniciaron antes de la STJUE-2016, esto es, antes de que se despejaron definitivamente las dudas de Derecho acerca del alcance de la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo abusivas. En todos los procesos iniciados con posterioridad al conocimiento de la STJUE-2016, esa cuestión ya no podía reputarse jurídicamente dudosa, por lo que sería manifiestamente improcedente una exención de condena en costas por este motivo. Así pues, decir que la no imposición de costas por dudas de Derecho en un pleito anterior a la STJUE-2016 –el de D. Plácido contra Caixabank– va a crear un “*efecto disuasorio inverso*” consistente en que, después de conocida esta STJUE-2016, los consumidores no van a promover nuevos litigios sobre cláusulas suelo por miedo a tener que soportar sus propias costas es algo completamente irreal: la STJUE-2016 eliminó las “*serias dudas de Derecho*” y, por ende, en el marco de un proceso nuevo, ningún banco podrá eludir una condena en costas con base en unas dudas que ya no existen.

Desde una perspectiva general, la afirmación del Tribunal Supremo sobre el “*efecto disuasorio inverso*” tampoco resulta asumible. Y es que cabría interpretar que lo que en realidad quiere decir el Alto Tribunal con esa afirmación es que, más allá de la interpretación que merezca el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, la especial protección que, en general, el Derecho europeo proporciona al consumidor frente al profesional obliga a eliminar de nuestro ordenamiento jurídico la excepción a la condena en costas que, para los casos de serias dudas de Derecho, se contiene en los arts. 394.1 y 398.1 LEC *cuando*

*sea el consumidor quien venza en el juicio.* Nuevamente, esta conclusión –amén de no aparecer claramente formulada ni elaborada en la sentencia que comentamos– no me parece aceptable si no existe un precepto legal que la establezca de modo inequívoco, habida cuenta del actual tenor literal de los arts. 394.1 y 398.1 LEC.

La excepción prevista en los arts. 394.1 y 398.1 LEC procura mitigar el rigor del criterio objetivo del vencimiento, de manera que quien demande –o quien se defienda– en un asunto que presenta serias dudas de hecho o de Derecho se limite a pagar sus costas y no se exponga a tener que pagar también las costas del contrario en caso de terminar perdiendo el pleito; se trata, pues, en mi opinión, de una norma que anima a demandar –o a defenderse– y no de una norma que disuade de demandar –o de defenderse–.

Pero, sea como fuere, esa norma, por sí misma, no hace imposible ni excesivamente difícil el ejercicio judicial de los derechos que el Derecho europeo concede a los consumidores (no atenta, en suma, contra el “principio de efectividad”); lo único que esa regla supone es que el consumidor cuyo derecho sea jurídicamente *muy* dudoso (y subrayo el “muy” porque los arts. 394.1 y 398.1 LEC exigen que las dudas sean “*serias*”) deba asumir el riesgo de que sus grandes dudas tengan un coste económico en términos de asunción de sus propias costas procesales, lo cual no parece algo irrazonable ni parece que tenga un grave efecto disuasorio, si se mira al ordenamiento procesal en su conjunto.

Y es que, como tantas veces recuerda el TJUE, para analizar si una norma procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación de una norma material europea, debe tenerse en cuenta el lugar que aquella norma procesal ocupa en el ordenamiento nacional y su coherencia con los principios de dicho ordenamiento. Concretamente, dice el TJUE que, “*en lo que respecta al principio de efectividad, [ ] cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales*” (cfr., entre otras, SSTJUE de 14 de junio de 2012, as. C-618/10, ap. 49; de 14 de marzo de 2013, as. C-415/11, ap. 53; y de 3 de octubre de 2013, as. C-32/12, ap. 34).

En el tema que ahora nos ocupa:

1) Me parece que las normas sobre costas deben ponerse en el contexto de la regulación sobre justicia gratuita, a la que, si cumplen los requisitos económicos correspondientes, siempre tendrán acceso los consumidores que carezcan de capacidad económica para pagar las costas de sus litigios jurídicamente dudosos.

2) Además, también facilita las demandas contra los profesionales –incluidas, por supuesto, las demandas jurídicamente dudosas– el que la ley española

permita que el consumidor y el abogado pacten una remuneración según una estricta cuota litis (esto es, a razón de un porcentaje de lo ganado en el pleito; cfr. arts. 1.1.a) LDC y art. 2.1 LCP, interpretados según la STS3.<sup>a</sup> de 4 de noviembre de 2008, rec. 5837/2005, FJ 6), tal y como, por cierto, viene evidenciando la experiencia de los últimos años en asuntos como los de las cláusulas suelo.

3) Y, finalmente, tampoco se puede perder de vista que, en los procesos en materia de consumo, de la jurisprudencia del TJUE y de algunas normas procesales nacionales surgidas de ella, cabe extraer una suerte de principio general según el cual el juez tiene el deber de velar de oficio por los intereses del consumidor, aplicando las normas imperativas correspondientes, incluso cuando éstas no hayan sido oportunamente alegadas por las partes (cfr. SERRANO MASIP, 2016, págs. 10-31), lo cual otorga al consumidor una seguridad procesal adicional a la que le proporciona su defensa letrada; seguridad que le puede animar a demandar a pesar de las serias dudas de Derecho que pueda presentar su caso y de la exposición a tener que asumir el pago de sus costas.

Precisamente porque el Derecho de la Unión Europea encomienda al juez nacional que vele activamente por los intereses de los consumidores, podría admitirse que, cuando el consumidor venciera en el pleito, la excepción prevista en los arts. 394.1 y 398.1 LEC se aplicara restrictivamente y con un plus de motivación; en este sentido, tres magistrados de la Sala suscriben un voto particular a la Sentencia que comentamos en el que afirman que “*cuando está en juego la tutela de los consumidores es lógico que se haga un uso más restrictivo de esta excepción al vencimiento objetivo y la motivación que [se] emplee para justificarlo debería ser más reforzada respecto de otros supuestos en que no sean consumidores los afectados por tal decisión*”. Pero, como he dicho, lo que no me parece admisible es entender –como parece sugerir el Tribunal Supremo– que, hoy en España, la excepción de los arts. 394.1 y 398.1 LEC no existe para los consumidores que ganan un pleito a un profesional: no hay precepto expreso que lo prevea y, teniendo en cuenta la finalidad de los arts. 394.1 y 398.1 LEC y el contexto normativo en el que se ubican, no me parece defendible afirmar que la no imposición de costas al profesional por ser el caso *muy* dudoso constituya una barrera insalvable o un obstáculo excesivo para el ejercicio judicial de los derechos de los consumidores.

### 5.3. *El argumento del carácter accesorio de la pretensión jurídicamente dudosa*

Consciente tal vez de la debilidad de su argumento principal, el Tribunal Supremo añade un argumento complementario, que podría resumirse en que las serias dudas de Derecho afectaron a un aspecto tangencial y accesorio del asunto –el del alcance de los efectos retroactivos de la nulidad– y, por ende, se habría producido una desestimación sustancial de las pretensiones del banco

—o, visto desde otra perspectiva, una estimación sustancial de la demanda— que haría plenamente aplicable el criterio objetivo del vencimiento. Éste es, me parece, el sentido de la “razón 4.<sup>a</sup>” incluida en el FJ 5 de la Sentencia que comentamos (“*En el presente caso, además...*”).

Subyace aquí, creo, la pacífica doctrina del Tribunal Supremo según la cual las costas deben imponerse al demandado cuando se produce una “*estimación sustancial*” de la demanda (cfr., entre otras, SSTS1.<sup>a</sup> 715/2015, de 14 de diciembre, rec. 2833/2013, FJ 8; y 325/2008, de 30 de abril, rec. 1107/2001, FJ 2). Bien mirada, esta doctrina supone que, donde los arts. 394.1 y 398.1 LEC dicen “*las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones*”, debe leerse “*las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas sustancialmente todas sus pretensiones*”; o, dicho de otro modo, que la desestimación de pretensiones accesorias o de escasa entidad no impide la condena en costas al litigante perdedor en aplicación del criterio objetivo del vencimiento. Y, a su vez, también supone que las eventuales dudas de hecho o de Derecho que pudieran existir sobre las pretensiones accesorias son datos irrelevantes a los efectos de aplicar dicho criterio objetivo; o, con otras palabras, que donde los arts. 394.1 y 398.1 LEC dicen “*salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de Derecho*”, debe leerse “*salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que los aspectos sustanciales del caso presentaban serias dudas de hecho o de Derecho*”.

En el caso concreto de D. Plácido contra Caixabank, el Tribunal Supremo viene a decir que la pretensión de devolución de los pagos realizados en virtud de la cláusula suelo antes del 9 de mayo de 2013 era una pretensión accesoria y de poca entidad y, por eso, las eventuales dudas jurídicas sobre ella —y, en fin, su estimación o desestimación— no deberían tener incidencia en la decisión sobre las costas procesales.

La utilización de este argumento llama la atención, porque resulta hasta cierto punto contradictorio decir, por un lado, que, aun existiendo serias dudas de Derecho, la excepción de los arts. 394.1 y 398.1 LEC no se aplica porque colisiona con una norma europea y, al mismo tiempo, decir, por otro lado, que en ningún caso debía aplicarse la excepción de los arts. 394.1 y 398.1 LEC, porque, conforme a la interpretación que los tribunales hacen de estos preceptos para los casos de estimación sustancial de la demanda, no hay verdaderas dudas de Derecho cuando éstas afectan a un aspecto secundario del caso planteado. Con todo, asumimos como aceptable esta contradicción del Tribunal Supremo, pues, de modo similar a las alegaciones principales y subsidiarias de las partes (cfr. art. 71.4 LEC), no es infrecuente que los tribunales también construyan la motivación de sus resoluciones con argumentos principales y subsidiarios, aunque resulten incompatibles entre sí.

Sea como fuere, debo reconocer que este argumento, a pesar de presentarse como complementario, me parece más aceptable que el argumento principal. Y es que, como recuerda la sentencia que comentamos en la “razón 4.<sup>a</sup>” de su FJ 5, en las dos instancias anteriores, el banco demandado mantuvo,

como pretensión principal, que la cláusula suelo incluida en el contrato de D. Plácido no era abusiva y, por ende, que la demanda debía haberse desestimado íntegramente. Por tanto, la cuestión de si los efectos de la eventual declaración de nulidad debían retrotraerse más allá del 9 de mayo de 2013 habría sido, por decisión de la propia demandada, algo no sustancial, accesorio o de escasa entidad.

Pues bien, en tales circunstancias, estando la doctrina jurisprudencial de la “*estimación sustancial*” bien asentada en nuestro Derecho, la decisión adoptada por Tribunal Supremo de imponer las costas al banco demandado no me parece descabellada, si bien creo que debería haberse tenido en cuenta cuál era el importe económico de los pagos recibidos por Caixabank antes y después del 9 de mayo de 2013, a los efectos de determinar si realmente la cuestión del alcance de la retroactividad era verdaderamente accesorio (cfr., en este sentido, la citada STS1.<sup>a</sup> 715/2015, de 14 de diciembre, rec. 2833/2013, FJ 8, cuando afirma que el carácter accesorio de una pretensión debe considerarse también “*desde la perspectiva económica del proceso*”).

De todos modos, en sus sentencias posteriores (en todas las que hemos hecho referencia al final del apartado 5.1 de este comentario), el Tribunal Supremo ha obviado entrar a valorar si, en cada uno de los casos planteados, la pretensión de devolución de los pagos anteriores la 9 de mayo de 2013 era una cuestión sustancial o accesorio de las instancias. Como hemos dicho, en esas sentencias posteriores, el Alto Tribunal se ha limitado a decir, sin más, que las costas de las instancias deben imponerse al banco por las razones expresadas en la sentencia que ahora comentamos; y de esta actitud no podemos colegir otra cosa que, para el Tribunal Supremo, el argumento definitivo para la imposición es la supuesta incompatibilidad entre la excepción de los arts. 394.1 y 398.1 LEC y el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, resultando así el argumento de la estimación sustancial de la demanda completamente irrelevante.

#### 5.4. *Conclusión*

En resumen, el Tribunal Supremo interpreta que el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE impone que las “*serias dudas de Derecho*” generadas por los cambios jurisprudenciales acerca del alcance de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo abusiva no deben tenerse *nunca y en ningún caso* en cuenta para no imponer las costas al banco perdedor, lo que supone introducir una desigualdad en el tratamiento del perdedor del pleito en función de su condición de consumidor o de profesional. A mi modo de ver, en ausencia de un precepto expreso que la prevea y teniendo en cuenta la finalidad de la excepción prevista en los arts. 394.1 y 398.1 LEC y su correlación con el conjunto del ordenamiento, esta conclusión resulta desacertada porque, en contra de lo mantenido por el Tribunal Supremo, la aplicación de

la mencionada excepción de no hace imposible ni dificulta excesivamente la efectividad del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

Con todo, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre la “estimación sustancial”, en los procesos pendientes en el momento de conocerse la STJUE-2016, cabría no aplicar la excepción prevista en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, si tras un análisis caso por caso, los tribunales llegaran a la conclusión de que la pretensión de extensión de la retroactividad más allá del 9 de mayo de 2013 tenía carácter accesorio. Un análisis de este tipo sí parece haberse hecho en la sentencia objeto de este comentario –la STS1.<sup>a</sup> 419/2017–, a los efectos de elaborar una suerte de argumento jurídico subsidiario para justificar la imposición al banco demandado de las costas de las instancias; sin embargo, el Tribunal Supremo no lo ha hecho en otras sentencias posteriores que también han terminado con una condena al banco a pagar las costas de las instancias.

## 6. Bibliografía

- DÍAZ FRAILE, J.M. “Comentario de la STS de 24 de febrero de 2017. Adaptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la limitación temporal de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de las cláusulas suelo no transparentes/abusivas”, en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 9.º (2017), dirigido por M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 87-121.
- NÁJERA PASCUAL, A. “Comentario de la STS de 25 de marzo de 2015. Cláusulas suelo: el alcance temporal de los efectos de su nulidad”, en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 7.º (2015), dirigido por M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 305-314.
- SERRANO MASIP, M. “Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proceso civil interno”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º 68, julio-diciembre, 2016, págs. 5-32.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Á. “Comentario de la STS de 9 de mayo de 2013. Consumidores: Condiciones Generales Abusivas. Cláusula Suelo en los Préstamos Hipotecarios. Efectos de su nulidad”, en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 6.º (2013-2014), dirigido por M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 153-184.