

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 2 DE FEBRERO DE 2021 (40/2021)**

**Relevancia en materia de imposición de costas de la
normativa de fondo invocada: diferencias en función
de si se aplica o no la Directiva 93/13/CEE**

Comentario a cargo de:

RAFAEL MONSALVE DEL CASTILLO

Socio de Cuatrecasas

FRANCISCO MIGUEL DE PINA CORTÉS

Asociado de Cuatrecasas

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE FEBRERO DE 2021

ROJ: STS 266/2021 - **ECLI:** ES:TS: 2021:266

ID CENDOJ: 28079119912021100005

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA

Asunto: Inaplicación del régimen tuitivo de los consumidores derivado de la Directiva 93/13/CEE en materia de costas respecto de los casos de nulidad de contrato de tarjeta *revolving* anulada sobre la base de la exclusiva invocación de la Ley de Usura.

Sumario: 1. Introducción 2. Resumen de los hechos. 3. Solución dada en primera instancia. 4. Solución dada en apelación. 5. Los motivos de casación alegados. 6. Doctrina del Tribunal Supremo. 6.1. *Doctrina del Tribunal Supremo invocada por el recurrente: Sentencias núms. 419/2017, de 4 de junio, y 472/2020, de 17 de septiembre. Principio de no vinculación y artículo 394.1 de la LEC.* 6.2. *Solución dada por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 40/2021, de 2 de febrero, y motivos por los que decide que la doctrina recogida en sus sentencias anteriores no es de aplicación al caso enjuiciado.* 6.3. *Conclusión.* 7. Bibliografía.

1. Introducción

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 40/2021, de 2 de febrero, resuelve sobre la procedencia de imponer las costas a la parte demandada en un procedimiento en el cual el enjuiciamiento de la validez de tarjetas *revolving* generó serias dudas de Derecho.

En los litigios relativos a la eventual abusividad de cláusulas en los contratos celebrados con consumidores, el régimen tuitivo de éstos que deriva de la Directiva 93/13/CEE ha sido invocado como baluarte que permite inaplicar el régimen de imposición de costas previsto en nuestro ordenamiento, más concretamente en el artículo 394 de la LEC.

En particular, las Sentencias del Tribunal Supremo núms. 419/2017, de 4 de julio, 472/2020, de 17 de septiembre, y 510/2020, de 6 de septiembre, han resuelto que la excepción prevista en el artículo 394.1 de la LEC, según la cual no procede imponer las costas en caso de estimación íntegra de la demanda si concurren serias dudas de hecho o de Derecho, no se aplica cuando se trate de un litigio de cláusulas abusivas iniciado por un consumidor.

En lo relativo a la cuestión de fondo, ya dijimos en el artículo publicado en la edición de 2021, titulado “*Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 149/2020, de 4 de marzo. Usura en el interés remuneratorio aplicable a tarjetas de crédito de pago aplazado*” (Monsalve y Portillo, 2021), que el enjuiciamiento de las tarjetas *revolving* en materia de usura no es una cuestión pacífica y da lugar a debates pendientes del dictado de doctrina unificadora.

Como se analiza a continuación, la Sentencia objeto de comentario considera que no resulta de aplicación la doctrina de las SSTs núms. 419/2017, 472/2020 y 510/2020, en tanto que la acción interpuesta en ese caso se formuló exclusivamente sobre la base de la Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios (en adelante, Ley Azcárate), y no con fundamento en la normativa de protección de consumidores regulada en la Directiva 93/13/CEE.

2. Resumen de los hechos

El actor formula demanda de juicio ordinario por la que solicita que se declare la nulidad de un contrato con clausulado *revolving* por contravenir la Ley Azcárate.

Adicionalmente, el actor acumula una acción restitutoria por la que interesa que, declarada la nulidad del referido contrato, se condene a la entidad demandada a “*abonar a la demandante, a partir de la celebración de la novación del contrato de 24 de enero de 2017 de la cantidad que exceda del total del capital que le haya prestado, tomando en cuenta el total de lo ya recibido por todos los conceptos cargados y percibidos al margen de dicho capital y que ya hayan sido abonados por la demandante, con ocasión del citado documento o contrato, especialmente las cantidades*

cobradas por los conceptos de comisión por disposición de efectivo, intereses, comisión por reclamación de cuota impagada, y cuotas de Seguros asociados a la tarjeta de crédito, según se determine en ejecución de sentencia, aportando para su correcta determinación todas las liquidaciones y extractos mensuales de la tarjeta de crédito completos y correlativos remitidos al cliente desde la fecha de suscripción del contrato hasta última liquidación practicada, más intereses legales”.

3. Solución dada en primera instancia

La demanda fue turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Avilés, que acordó estimar la acción declarativa de nulidad y solo parcialmente la acción restitutoria, pues en lugar del total abonado por la actora condena a la entidad a devolver las cantidades abonadas, si bien a partir de la novación contractual celebrada el 24 de enero de 2017, en la que se incrementó el tipo de interés remuneratorio del 19,56 TAE al 26,30 TAE.

Como consecuencia de la estimación parcial, el Juzgado acordó que no había lugar a la imposición de costas sobre la base de la estimación parcial de la demanda, sin mayor fundamento al efecto.

4. Solución dada en apelación

El actor formuló recurso de apelación, que fue estimado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo mediante su sentencia nº 414/2017, de 22 de diciembre.

La sentencia de segunda instancia revoca parcialmente la de primera instancia y acuerda la restitución del capital prestado junto con los intereses abonados desde el inicio de la relación contractual, esto es, desde la formalización del contrato original, tal y como se solicitaba en la demanda.

Pese a la estimación total de la demanda y del recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Oviedo aprecia serias dudas de derecho y, sobre esta base, acuerda no haber lugar a la imposición de costas en ninguna de las instancias.

En concreto, la Sala de instancia resuelve que *“en cuanto a las [costas] de la primera instancia tampoco se estima procedente su imposición pese a la estimación íntegra de la demanda, dada las dudas que plantea el determinar en cada caso el término de referencia a tomar en consideración para la calificación de usurarios de los intereses remuneratorios y la existencia al respecto de pronunciamientos dispares de los tribunales sobre si es necesario que los pactados dupliquen en cada caso el normal de mercado de los préstamos al consumo”.*

5. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

El actor formula recurso de casación frente al pronunciamiento que acuerda no haber lugar a la imposición de costas, por entender infringidos el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que recoge el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, y el artículo 7, apartados 1 y 2, de la referida Directiva, que regula principio de efectividad, en concurrencia con el principio de vencimiento (*ex* artículo 394 de la LEC).

El recurso justifica su interés casacional en la vulneración de la doctrina recogida en doctrina en las Sentencias del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Civil) núms. 419/2017, de 4 de julio, y 472/2020, de 17 de septiembre. Más concretamente, la recurrente alegó que “[l]a infracción legal consiste en que la sentencia recurrida ignora y no toma en cuenta la prevalencia del Derecho de la Unión, en el sentido de la importancia que tiene la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas –en este caso usurarias– y la importancia del principio de efectividad del Derecho de la Unión en su vertiente de garantizar que el consumidor quede indemne cuando se estimen los pronunciamientos de nulidad interesados sobre la cláusula abusiva –usuraria– e impedir que el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula usuraria, declarada nula, le suponga desembolso alguno al afrontar los costes del procedimiento, pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos”.

6. Doctrina del Tribunal Supremo

6.1. Doctrina del Tribunal Supremo invocada por el recurrente: Sentencias núms. 419/2017, de 4 de julio, y 472/2020, de 17 de septiembre. Principio de no vinculación y artículo 394.1 de la LEC

Las Sentencias del Tribunal Supremo núms. 419/2017, de 4 de julio, y 472/2020, de 17 de septiembre, en las que el recurrente sustenta su recurso de casación, fijan doctrina jurisprudencial en el sentido de que la excepción a la regla general del vencimiento en la imposición de las costas de primera instancia basada en la existencia de serias dudas de derecho no es aplicable en los litigios en que se ejercita una acción fundada en la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos suscritos con consumidores.

En particular, la STS núm. 419/2017 resolvió un procedimiento iniciado por un consumidor en el que concurrían serias dudas de derecho en cuanto al alcance de la acción de restitución acumulada a la acción de nulidad por falta de transparencia y abusividad de una cláusula suelo.

Al tiempo de formularse la acción y contestarse a la demanda, el Tribunal Supremo había acordado en su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, que la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la cláusula suelo procedía desde la fecha de la publicación de dicha resolución. Durante la pendencia del procedimiento, esa doctrina fue modificada como consecuencia del dictado de la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo, C-154/15, C-307/15 y C-308/15), lo que motivó que el Tribunal Supremo acordase en su Sentencia núm. 123/2017, de 24 de febrero (Pleno, Sala de lo Civil), que los efectos de la nulidad debían estimarse sin límite temporal.

Es decir, se trataba de un supuesto con manifiestas dudas de derecho habida cuenta de que en el resultado final de la *litis* influyó una doctrina jurisprudencial sobrevenida. Pese a ello, el Tribunal Supremo acordó que para garantizar la efectividad del Derecho de la UE, señaladamente la Directiva 93/13/CEE, no resulta de aplicación el artículo 394.1 de la LEC en cuanto a la excepción de no imponer las costas en casos en los que, pese a la estimación íntegra de la demanda, se aprecien serias dudas de hecho o dederecho.

La jurisprudencia sentada por la STS 419/2017 fue reiterada por la STS 472/2020, esta vez en un supuesto en el que un consumidor interesó la nulidad de un clausulado multidivisa por falta de transparencia y abusividad. En esta ocasión, las serias dudas de derecho venían motivadas por la normativa aplicable a los préstamos hipotecarios en divisa extranjera, lo que dependía de su consideración de instrumento financiero o producto de inversión.

Nuevamente, la resolución final del procedimiento dependió de un cambio jurisprudencial acordado mediante la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 608/2017, de 15 de noviembre –dictada con posterioridad a la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (Andriuc, asunto C-186/16)–. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo modificó la doctrina recogida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, que había declarado que el préstamo hipotecario en divisas era un instrumento financiero, derivado complejo relacionado con divisas sometido a la Ley del Mercado de Valores.

Los asuntos resueltos en las SSTs núms. 419/2017 y 472/2020 consistieron en litigios de cláusulas abusivas iniciados por consumidores en los que se invocó como fundamento jurídico de su defensa la normativa de protección de consumidores recogida en la Directiva 93/13/CEE y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLDU).

La decisión adoptada por el Alto Tribunal en ambas resoluciones sobre la cuestión relativa a la no aplicación de la excepción contemplada en el artículo 394.1 de la LEC se fundamenta en los principios de efectividad y primacía del Derecho de la UE, que suponen que «*toda disposición de Derecho interno contraria al Derecho de la UE es, por este hecho, inaplicable*» (Mangas y Liñán, 2015, p. 420).

En el particular caso de la Directiva 93/13/CEE, estos principios exigen atender a otros dos principios expresamente enunciados en la norma comunitaria: el de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas (artículo 6.1 de la Directiva) y el del efecto disuasorio del uso de cláusulas abusivas en los contratos no negociados celebrados con los consumidores (artículo 7.1 de la Directiva). En este sentido, el Tribunal Supremo considera que la excepción al principio de vencimiento objetivo que contempla el artículo 394.1 de la LEC resulta inaplicable porque hace imposible o dificulta en exceso la efectividad del Derecho de la UE, *«pues trae como consecuencia que el consumidor, pese a obtener la declaración de que la cláusula es abusiva y que no queda vinculado a la misma, deba cargar con parte de las costas procesales, concretamente, las causadas a su instancia y las comunes por mitad»* (STS 472/2020).

Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 510/2020, de 6 de septiembre, núm. 27/2021, de 25 de enero, y núm. 31/2021, de 26 de enero, que resuelven en idénticos términos que las SSTS núms. 419/2017 y 472/2020.

Sobre la base del mismo fundamento, también se ha dejado de aplicar lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC en los litigios en los que se enjuicien cláusulas abusivas respecto de su apartado 2, según el cual en casos de desestimación de la demanda o estimación parcial *«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»*.

Ello así, esencialmente, sobre la base de lo resuelto en la STJUE de 16 de julio de 2020. La citada STJUE, que tuvo por objeto las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca (C 224/19) y por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (C 259/19), acordó que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 *«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»*.

Según esta doctrina, en los casos en los que un consumidor vea estimada la acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva y la acción restitutoria solo sea estimada parcialmente, las costas habrían de ser impuestas en todo caso al demandado con independencia de la cuantía a la que sea condenado a restituir y sin que sea preciso apreciar temeridad como dispone el artículo 394.2 de la LEC.

Fuentes Devesa (2021, p. 9) resume las correcciones de nuestro sistema procesal de imposición de costas como consecuencia de los principios de efectividad de la Directiva 93/13/CEE, considera que (i) en caso de estimación total o parcial de la demanda procede la imposición de costas *«sin que sea de aplicación la excepción al principio del vencimiento en la imposición de costas, por razón de las serias dudas de derecho (art 394.1 LEC), ni sea preciso apreciar temeridad (art 394.2.LEC)»*; (ii) en caso de desestimación de la demanda se aplica el princi-

pio de vencimiento «*sin que la tutela del consumidor y el principio de efectividad se vea resentido por ello*»; mientras que, (iii) «*en caso de las costas en apelación, recurso extraordinario por infracción procesal y casación, tampoco el principio de efectividad se considera que permita inaplicar las reglas del art 398 LEC*».

Estas consideraciones y, en particular, la inaplicación de la excepción prevista cuando concurren serias dudas de derecho, no es objeto de este comentario puesto que se refiere a una Sentencia en la que no se entra en estas cuestiones, puesto que lo que se decide es que al no invocarse la normativa sobre la protección de los consumidores, no es de aplicación la doctrina sentada tanto por el Tribunal Supremo como el TJUE en materia de imposición de costas.

6.2. *Solución dada por la Sentencia del Tribunal Supremo 40/2021, de 2 de febrero, y motivos por los que decide que la doctrina recogida en sus sentencias anteriores no es aplicación al caso enjuiciado*

La STS 40/2021 resuelve que la excepción al principio del vencimiento en la imposición de costas, por existir serias dudas de derecho, no es aplicable cuando se ejercitan acciones basadas en la normativa sobre cláusulas abusivas, pero sí lo es cuando se ejerciten acciones basadas en otras normas ajenas al ámbito del régimen tuitivo y la Directiva 93/13 CEE, como la Ley sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.

El razonamiento del Alto Tribunal para alcanzar dicha conclusión es que la doctrina sentada en las sentencias del pleno 419/2017 y 472/2020, trae causa de la aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, que obliga a los jueces de los Estados miembros a inaplicar una norma de Derecho interno cuando la consideren contraria al Derecho de la UE.

Exigencia que, según lo expuesto por el Tribunal Supremo, deriva de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y del principio de efectividad del Derecho de la UE.

Como en el caso concreto sometido a su decisión la cuestión jurídica controvertida se fundaba exclusivamente en la aplicación de una norma nacional (la Ley Azcárate), sin que, en consecuencia, «*entre en juego*» el Derecho de la Unión Europea ni el principio de supremacía de este Derecho, el Tribunal Supremo entendió que no existía la vulneración denunciada por el recurrente.

En esos supuestos, el Tribunal Supremo entiende que el juez nacional no está facultado para inaplicar la norma nacional relativa a las costas (artículo 394.1 de la LEC) dado que no existía oposición al Derecho de la UE. De hecho, el Tribunal Supremo apunta que tan solo cabría cuestionar la aplicación de la regla sobre la no imposición de las costas si se plantease una cuestión de inconstitucionalidad, lo que sería improcedente dado que no concurren dudas sobre la constitucionalidad del citado artículo 394 de nuestra norma rituarial (ATC 171/1986, de 19 de febrero, y STC 84/1991, de 22 de abril).

En definitiva, el razonamiento de la STS 40/2021 es tan escueto como contundente: la doctrina sobre las costas en materia de consumidores y cláusulas

las abusivas aplica en tanto que sea invocado y aplicado el Derecho de la Unión Europea y el mismo sea conculcado. No en otros casos.

Aun cuando no lo indica de forma expresa, al reprochar que *“el recurso no contiene ningún argumento que explique por qué una acción basada exclusivamente en la Ley Azcárate, se halla incluida en el ámbito del Derecho de la UE, y en concreto, en el de la Directiva 93/13/CEE cuya infracción invoca”*, la Sentencia alude también al principio de congruencia y de respeto con el ordenamiento procesal interno como obstáculo para estimar la pretensión de la recurrente.

De alguna forma, el Tribunal Supremo deja entrever que su decisión podría haber sido otra si el recurrente hubiese cuestionado desde el inicio la validez del interés remuneratorio de un contrato de tarjeta *revolving* sobre la base del ejercicio acumulado de las acciones de nulidad por usura (fundada en la ley Azcárate) y nulidad por abusividad (al amparo de la Directiva 93/13/CEE y las normas nacionales que la han transpuesto) –cada una de ellas con requisitos y efectos legales distintos–, y la sentencia hubiera estimado la segunda de ellas, en cuyo supuesto podría entenderse que aplica el Derecho de la Unión Europea y, por ende, la doctrina sobre costas desarrollada en virtud del principio de primacía del mismo.

En este orden de cosas, habrá que esperar a nuevos pronunciamientos sobre la solución que se daría a esta cuestión en el supuesto de que la nulidad se solicitase alegando de forma acumulada falta de transparencia y abusividad de las cláusulas del contrato, pero finalmente se declarase la nulidad con fundamento exclusivo en la usura.

7. Conclusión

1. En materia de costas, el fundamento de la acción ejercitada resulta esencial para determinar si es de aplicación el régimen de especial protección para los consumidores derivado, entre otras, de las Sentencias del Tribunal Supremo núms. 419/2017, de 4 de julio, 472/2020, de 17 de septiembre, y 510/2020, de 6 de septiembre, y en la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

2. Según esa doctrina, cuando se ejercita una acción basada en la Directiva 93/13/CEE, el principio de primacía del derecho de la Unión, más concretamente de lo dispuesto en los arts. 6.1 y 7.1, supone la inaplicación, a favor del consumidor, de la excepción prevista en el apartado 1 del art. 394 LEC cuando concurren serias dudas de hecho o de derecho.

3. En la Sentencia objeto de comentario, el Tribunal Supremo declara que en los casos en los que la nulidad del contrato se funde exclusivamente en la Ley de Usura o en otras normas del ordenamiento nacional, sin invocación ni fundamento en la Directiva 93/13/CEE, no será de aplicación la doctrina

que permite dejar sin efecto lo dispuesto en el art. 394 LEC en favor de los consumidores.

8. Bibliografía

FUENTES DEVESA, «¿Se aplica el art 394 LEC en los litigios con consumidores? Comentario a la STS n. 35/2021, de 27 de enero». *Revista LA LEY mercantil*, n° 78, ed. Wolters Kluwer, 2021.

MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, ed. Tecnos, Madrid, 2015.

MARÍN LÓPEZ, «Dos cuestiones prejudiciales sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios y sus efectos en el crédito *revolving* usuario», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* n° 40/2021, 2021.

