Centro de Estudios de Consumo

PUBLICACIONES JURÍDICAS
http://centrodeestudiosdeconsumo.com

LA EXCESIVA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN MATERIA DE COSTAS PROCESALES ¿UN IMPULSO A LA CONCLUSIÓN DE ACUERDOS EXTRAJUDICIALES EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS?*

José María Martín Faba**
Profesor Ayudante UAM
Centro de Estudios de Consumo
Universidad Autónoma de Madrid

Fecha de Publicación: 7 de octubre de 2020

En el caso de la STS (Pleno) 472/2020, de 17 de septiembre, los prestatarios interpusieron una demanda contra el Banco en la que, entre otras pretensiones, solicitaron la nulidad de las cláusulas de divisa del préstamo que habían concertado para la adquisición de su vivienda. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y condenó a los demandantes al pago de las costas. Los demandantes apelaron y la sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación, declarando la nulidad de las cláusulas relacionadas con la divisa. A pesar de la estimación plena de la demanda de los prestatarios, la AP no impuso las costas al banco por entender que existían dudas de derecho sobre la normativa aplicable a los préstamos hipotecarios en divisa. Los prestatarios recurren en casación el pronunciamiento sobre las costas.

Pues bien, la STS 472/2020 revoca el pronunciamiento sobre costas de primera instancia contenido en la sentencia de la AP y lo sustituye por el de la condena al banco demandado al pago de tales costas procesales. Así, el TS reitera que cuando el juez estima plenamente la demanda del consumidor y declara el carácter abusivo de una cláusula predispuesta, debe imponer las costas al empresario demandado, y no puede aplicar la excepción al

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social" y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; así como en el marco de la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.
** ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-4826-8140

principio de vencimiento por la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho que establece el art. 394.1 LEC *in fine*. En efecto, si el juez, a pesar de que el consumidor venciera en pleito, aprecia la excepción y no impone las costas al empresario vencido, no se respetaría el principio de no vinculación a las cláusulas abusivas y tampoco el principio de efectividad, pues se dificultaría y en definitiva se disuadiría al consumidor de interponer una reclamación. Interpretado así el artículo 394 LEC no chocaría con la Directiva 93/13. Como digo, esta doctrina no es nueva, y se fraguó en la STS (Pleno) 419/2017, de 4 de julio, que trataba sobre una cláusula suelo, consolidándose en posteriores sentencias del TS[1] y, en cierta medida, en la jurisprudencia menor[2]. Quizá ha existido cierto revuelo con la publicación de la STS 472/2020 porque trata de un préstamo hipotecario en divisa.

Es también necesario traer a colación la STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, de la que puede inferirse que el juez nacional debe condenar en costas al profesional si estima la acción de nulidad de una cláusula predispuesta, con independencia de la suerte que corra la acción de restitución. Por consiguiente, si el juez estima la acción de nulidad pero no íntegramente la de restitución, porque por ejemplo no condena a toda la cantidad que pedía el consumidor, sino solo a los importes que este no tendría que haber pagado en virtud del derecho supletorio que considera aplicable el TS, aquel no puede dejar de imponer las costas al banco, aunque la estimación de la demanda haya sido parcial (art. 394. 2 LEC).

Por tanto, las doctrinas que emanan de ambos órganos afectan en rigor a dos tipos de pleitos que tratan de dilucidar si determinadas cláusulas predispuestas son abusivas y si a los consumidores les corresponden las restituciones de importes pagados por ellos en virtud de dichas clausulas. Además, son pleitos en los que, en teoría, las partes deberían sufragar sus costas por concurrir las referidas excepciones al principio de vencimiento. Así, en los que se estima totalmente la pretensión del consumidor pero en los que el juez aprecia serias dudas de derecho (art. 394.1 LEC) y en los que ha habido una estimación parcial de la demanda (art. 394.2 LEC). En ambos casos, según las doctrinas referenciadas, habrá que imponer las costas al empresario. Conclusión que a mi juicio merece un comentario crítico.

[1] SSTS 554/2017, de 11 de octubre, 3/2018, de 10 de enero y 77/2019, de 5 de febrero, entre otras.

[2] SAP las Palmas (Sección 4ª) núm. 387/2019 de 21 marzo; SAP Ciudad Real (Sección 1ª) núm. 290/2020 de 14 mayo; SAP Pontevedra (Sección 1ª) núm. 10/2018 de 8 enero; SAP de Córdoba (Sección 1ª) núm. 630/2017 de 30 octubre; SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) núm. 697/2019 de 18 diciembre; SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 634/2017 de 23 noviembre; entre otras.

Las Partidas (especialmente la Ley 8.ª, del Título 22, de la Partida 3) imponían las costas al litigante que obraba *maliciosamente*, es decir, con temeridad y mala fe [3]. El CC siguió la estela y ancló la regla en el art. 1902 CC[4]. La temeridad y la mala fe eran entonces la base para la condena en costas, siendo su aplicación de la exclusiva incumbencia de los Tribunales[5] ¿Pero cuál es la ratio de esta norma? A mi juicio, la imposición de costas se apoya en la idea de que el vencido en juicio es el causante del mismo si obra con mala fe o temeridad. Y obraría de esta forma si no tiene ningún argumento razonable para defenderse de la pretensión de la contraparte, pero aún así obliga a esta a inmiscuirse en un proceso judicial para hacer valer su derecho, por lo que en este caso deberá pechar con el pago de los costes que genera a la contraparte ejercitar la correspondiente acción judicial. Pero si el demandado tiene argumentos razonables para refutar la pretensión de la contraparte, normalmente no existirá mala fe o temeridad por su parte, y no habrá que imponerle las costas aunque haya perdido el litigio, porque no originó con su actuación que la contraparte se viera obligada a iniciar un proceso judicial. Con todo, debido a presiones doctrinales y a la realidad que imperaba en otros ordenamientos evolucionados[6], la Ley de 6 de agosto de 1984, de reforma de la LEC de 1881, positivizó la regla de vencimiento en materia de costas, según la cual, la parte que ha sido vencida en juicio debe sufragar las costas de la parte que ve estimada totalmente sus pretensiones (art. 523[7]). Ciertamente, el principio de vencimiento quedaba en alguna medida mitigado ya que se contemplaba la posibilidad de no imponer las costas al vencido cuando se apreciaran "circunstancias excepcionales". En la actualidad, el artículo 394 LEC consagra el principio de vencimiento objetivo pero también establece dos excepciones a dicho principio que lo atenúan: por un lado, los tribunales pueden exonerar a la parte vencida del pago de las costas si consideran que el caso "presentaba serias dudas de hecho o de

[3] Según las SSTS de 10 de mayo de 1881 y de 15 de junio de 1883, la condena en costas en primera instancia se regía por la Ley 8.ª, Título 22 de la Partida 3.ª, y en la Segunda Instancia por las Leyes 27, Título 23 de dicha Partida, y 2.ª y 3.ª, Título 19, Libro 11 de la Novísima Recopilación.

[4] Como dijo MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 4.ª ed. (Revisada por RIVES Y MARTÍ), Editorial Reus, Madrid, 1919, Tomo II, p. 283, "en la palabra *culpa* que dicho precepto emplea, se hace referencia a las acciones contrarias a las leyes, y por consiguiente, al derecho, a la razón y al deber, que a sabiendas y voluntariamente se ejecutan, concepto éste que en nada difiere del expuesto en la Ley 8.ª, Título 22 de la Partida 3".

[5] STS de 6 de noviembre de 1897.

[6] V. GUASP DELGADO, *Derecho Procesal Civil*, 3.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, Tomo I, pp. 571 y ss.

[7] El art. 523 LEC 1881, reformado por la Ley de 6 de agosto de 1984, señaló en la Sección Quinta del Capítulo Primero del Título II del Libro Segundo, que: *"En los juicios declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas, salvo que el Juez, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición. Si la estimación o desestimación fueren parciales, cada parte abonará las 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. Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas, salvo que el Juez, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado".*

derecho" (art. 394.1 LEC) y por otro, en caso de estimación parcial de las pretensiones de una de las partes o de desestimación de las pretensiones de ambas, supuesto en que cada parte debería sufragar sus costas, los tribunales pueden no obstante condenar en costas a una de las partes si concluyen que esta ha "litigado con temeridad". En consecuencia, se ha entendido que el legislador de la LEC 2000 pretendía reducir el alcance de un concepto más amplio como era el de "circunstancias excepcionales" , por el más concreto de "dudas de hecho o de derecho", reforzando así el criterio del vencimiento[8]. No obstante, parece que recientemente se ha considerado adecuado volver a la situación originaria[9].

A pesar de las modificaciones legislativas producidas a lo largo de los años, yo creo que la *ratio* para imponer las costas a una de las partes sigue siendo la misma. Es decir, debe imponerse las costas al litigante vencido que actúa con mala fe y temeridad, porque no tiene ningún fundamento razonable para defenderse de la pretensión de la contraparte, obligándola así a interponer una demanda judicial. Y a esta conclusión no se opone el vigente art. 394 LEC. Así, la excepción por dudas de hecho o de derecho lo que provoca es que no se impongan las costas al litigante vencido que no ha obligado a la contraparte a iniciar un proceso judicial, y que por tanto no ha actuado *maliciosamente*. Nótese que únicamente los litigios con una solución evidente son los destinados a no verse afectados por esta excepción al principio vencimiento. En efecto, es únicamente en un caso "fácil" donde puede razonarse que la parte vencida es la causante del pleito, porque no tenía argumentos razonables contra la pretensión de la contraparte, y por ello la obligó a iniciar un proceso judicial, por lo que el vencido deberá cargar con el pago de las costas que haya generado a la otra parte para interponer el procedimiento. Así pues, si se acaba produciendo un pleito en el que el demandado no tiene fundamentos razonables de defensa, es porque habrá existido temeridad y mala fe por su parte. Imaginemos que un arrendatario impaga cuatro rentas mensuales (en un contexto económico y social no alterado por una pandemia) mientras que el arrendador ha cumplido todas sus obligaciones. Si el arrendador solicita la resolución del contrato (desahucio) el arrendatario no tendrá alegatos de defensa razonables, por lo que si se opone a la demanda

[8] MAGRO SERVET, "Fundamento de las costas procesales. Ideas básicas", *Guía práctica y casuística de las costas procesales en el proceso civil (Coord. MAGRO SERVET)*, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Julio 2006, p. 12.

[9] La Proposición de Ley de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en materia de costas del proceso, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG núm. 160-1 de 22 de septiembre de 2017) cree *aconsejable introducir más elementos para determinar que no basta el vencimiento, sino que a él debe añadirse la necesidad de que la parte vencida haya actuado de manera dolosa o culposa es decir con mala fe o temeridad principio que haría que la materia guardara una mayor relación con las previsiones del artículo 1902 CC, y así el que por acción u omisión temeraria o dolosa ocasiona el litigio, si es vencido debe abonar las costas tanto si la postura es de derecho material, como de uso del derecho procesal, dejando claro que en ningún caso puede existir temeridad o mala fe cuando la discordancia se refiere a diferente interpretación por la existencia de dudas de hecho o de derecho, que el Tribunal sentenciador debe apreciar, tanto este extremo como la concurrencia de mala fe o temeridad.*

será siempre condenado en costas (únicamente no se le impondrían si se hubiese allanado antes de contestar a la demanda y el arrendador no hubiera formulado requerimiento fehaciente y justificado de pago con anterioridad). Condenar en costas al arrendatario tiene sentido, porque ha obrado con mala fe, al obligar al arrendador a culminar un proceso judicial para resolver contrato. Pero no puede decirse lo mismo de un litigio que entrañe complejidad jurídica o fáctica. Yo creo que la mayoría de los pleitos en los que haya que realizar labores de ponderación, como son los relativos a la calificación de cláusulas como abusivas, son complejos y pueden generar dudas fácticas o jurídicas, y si se aplica el principio de vencimiento y se condena en costas a la parte vencida, será sin que se apoye en su fundamento racional, es decir, en que una parte haya obrado con mala fe por obligar a la otra a inmiscuirse en un proceso judicial cuando no le asistían razones para ello. De ahí que la excepción por dudas de hecho o derecho sirva para no condenar en costas al vencido por no existir un apoyo racional: es decir, que la parte derrotada haya forzado a la parte vencedora a culminar un proceso judicial. Aunque se dirá que la protección del consumidor permitiría que se impongan las costas sin un sostén razonable.

Por lo demás, el juicio acerca de si el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho se encomienda exclusivamente al tribunal de instancia. El juez de instancia debe motivar porqué se aparta de la regla general. La apreciación de esta circunstancia excepcional debe ser razonada por el juez, por lo que la falta de motivación impide que entre en juego la exclusión. Por tanto, este pronunciamiento únicamente debería ser revisado en casación en aquellos supuestos en que el órgano *a quo* se hubiera apartado de la regla general sin razonarlo debidamente. Finalmente, y esto es lo verdaderamente importante, yo creo que la realidad nos demuestra que esta excepción no ha tenido ni tiene un efecto disuasorio, en el sentido de que dificulta que el consumidor accione. Repárese que aun estando en vigor el precepto se cuentan por decenas de miles las demandas de consumidores reclamando la nulidad de diversas clausulas predispuestas en préstamos hipotecarios. Se han colapsado los juzgados y se han creado juzgados especializados para resolver estas controversias ¿Entonces de verdad podemos afirmar que el precepto tiene efectos disuasorios para los consumidores? El efecto disuasorio se hubiera producido si el *bussines* de las reclamaciones contra las entidades bancarias no hubiera seducido a potenciales clientes anunciando que estos tenían derecho a recibir determinados importes como consecuencia de la declaración de abusividad de determinadas cláusulas predispuestas, aun cuando la jurisprudencia se había pronunciado en otra dirección. Finalmente, nótese que la excepción que se pretende eliminar puede jugar a favor del consumidor en casos jurídicamente complicados. En efecto, piénsese en un caso en que el acreedor reclama el pago de todo el préstamo por incumplimiento relevante del prestatario y este opone la abusividad de la cláusula de divisa, excepción que es desestimada. El prestamista vence en juicio pero el juez no impone las costas al consumidor por existir dudas de hecho o de derecho. En un caso así la excepción beneficia al consumidor. Con

todo, es evidente que la regla que instaura el TS debería *bilateralizarse*, y en un caso como el que acabo de narrar, en que la excepción del consumidor es totalmente desestimada, deberán imponérsele las costas, aunque el juez razone que existen dudas de hecho o de derecho. Evidentemente también cuando la demanda del consumidor es totalmente desestimada. Sobre todo, porque en los pleitos de esta clase hay tantas demandas temerarias como contestaciones estratégicas.

A pesar de no estar de acuerdo con esta doctrina, parece que la misma se puede llegar a plasmar en un cuerpo legal, pues la proposición de ley de reforma de la LEC (BOCG núm. 160-1 de 22 de septiembre de 2017) prevé, en concordancia con la STS 419/2017, de 4 de julio, una modificación del artículo 394 LEC, en el sentido de incluir un apartado 4 que reza así: *"cuando el proceso afecte directamente a un consumidor, si este vence en el litigio, las costas se impondrán a la parte vencida, en cualquiera de las instancias".*

En cuanto a la reciente doctrina del TJUE, repárese que algunos tribunales nacionales ya llegaban a conclusiones parecidas. En efecto, algunas AAPP[10] ya venían afirmando que si se estima la acción de nulidad y se desestima la de restitución, o se estima solo en parte, se imponen las costas al banco, lo que se sustenta en distintas líneas jurisprudenciales que tienen que ver con lo que se denomina la doctrina de la "estimación sustancial" y asimismo con la protección del consumidor[11]. Pero lo verdaderamente reseñable es que la doctrina del TJUE puede llevar a consecuencias ilógicas. Imaginemos que el consumidor interpone una demanda solicitando la declaración de abusividad de una cláusula y la restitución de cantidades, pero esta última acción se declara prescrita. Sería irrazonable que en este caso se condenara en costas al banco[12], cuando en puridad ha vencido y no ha obrado mala fe por su parte. Nótese, además, que la regulación cuestionada permite imponer las costas al

[10] La SAP de Vizcaya (Sección 4.ª) 325/2018, de 16 de mayo, entiende que existe una estimación sustancial cuando estima la pretensión del demandante a ser resarcido de los gastos de constitución del préstamo hipotecario, excepto la mitad del importe del arancel del Notario. La SAP de Baleares (Sec. 5ª) 83/2019, de 11 de febrero, considera una estimación total de la demanda la reducción a la mitad de los gastos de notaría y gestoría reconocidos en primera instancia. También la SAP de Palencia (Secció.1ª) 221/2018, de 23 de mayo, impone las costas al banco aunque no estimó la devolución al prestatario del IAJD. Empero, la SAP de Baleares (Sec. 5.ª), de 18 de julio, considera que la desestimación de la pretensión de reintegro del importe abonado por la actora en concepto de IAJD es de la suficiente entidad cualitativa y cuantitativa para considerar que una de las pretensiones de la parte actora no ha sido atendida, con lo que la estimación de la demanda se debe considerar parcial y no sustancial. Estas sentencias están sacadas del trabajo de ACHÓN BRUÑEN, "Qué ha cambiado tras la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020: gastos hipotecarios, comisión de apertura, prescripción de la acción y costas*", Diario La Ley*, Nº 9700, Sección Dossier, 21 de Septiembre de 2020, Wolters Kluwer, LA LEY 10771/2020, quien además expone otras de interés.

[11] Por ejemplo, la STS de 15 de marzo de 1997 afirma que en supuestos de acumulación de acciones, *ex* art. 71.4 LEC, la estimación en su totalidad de una de ellas, comportará el vencimiento total del demandado y la imposición de costas a éste. O la de la ya citada STS 419/2017, de 4 de julio, de la que se infiere que la condena en costas a la entidad bancaria favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión

[12] No las impone la SAP Murcia (Sección 4ª) núm. 34/2019 de 10 enero.

banco que litiga con temeridad a pesar de que el consumidor solo haya visto parcialmente estimadas sus pretensiones. Imaginemos que ante una reclamación extrajudicial del consumidor, el juez entiende que la buena fe exigía una propuesta de pago, por lo que al no haber actuado de tal forma, y negarse a pagar cantidad alguna, obligando al consumidor a acudir a los Tribunales, se considera que las costas deben ser impuestas al banco, aunque se produzca una estimación parcial de la demanda[13]. En definitiva, si se impone en estos casos las costas al banco, será sin un sustento racional, porque el banco, con su actuación, no obligó al consumidor a impetrar un proceso judicial, pues a este verdaderamente no le asistía la razón en su reclamación ya que su pretensión no fue totalmente estimada. Así, es lógico que el empresario forzara al consumidor a demandar. Entonces, en la doctrina del TJUE sobre las estimaciones parciales subyace la idea de que la demanda es en parte (quizás sustancialmente) injusta y que el empresario tiene algo de razón. Creo, en conclusión, que se está adoptando una medida exagerada que obliga al empresario a conceder todo lo que le pidan en vía extrajudicial, con independencia de sus méritos y razones.

Por consiguiente, las doctrinas reseñadas parece que obligan a modificar el artículo 394 LEC. Habrá pues que establecer que la excepción al principio de vencimiento, relativa a la existencia de dudas de hecho o de derecho, no se aplicará en casos de estimación plena de la pretensión en materia de cláusulas abusivas. Y que cuando se estima la acción de nulidad de una cláusula predispuesta, aunque la estimación sea parcial, también se debe condenar en costas al empresario. Mas como se ha apuntado, el ejercicio de acciones ante los tribunales conlleva un riesgo inevitable. La estimación total o parcial de las pretensiones puede depender de diversos factores como la forma en que se ejerciten las acciones, el contenido de la demanda o incluso la decisión estratégica de basar la pretensión en una u otra doctrina jurisprudencial. No parece que la Directiva 93/13 requiera la eliminación de todo riesgo para los consumidores cuando estos ejercitan sus derechos ante los Tribunales, sino "tan solo" que las normas sobre costas no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que dicha Directiva les confiere[14]. Destáquese además que el artículo 394 LEC es diferente al artículo 19.4 de la Ley polaca sobre tasas judiciales en materia civil, el cual, según la STJUE de 13 de septiembre de 2018, asunto C-176/17, sí dificultaba el ejercicio de derechos por parte del consumidor. El último precepto establece que el consumidor, en el momento de la presentación de la oposición a una acción de requerimiento de pago, debe pagar tres cuartas partes de la tasa judicial legalmente establecida. El demandante que solicita la expedición de un requerimiento de pago, en cambio, solo tiene que abonar una cuarta parte de la tasa judicial. Esto quiere decir que el consumidor debe pagar una tasa

[13] SAP de Girona (Sección 1ª) núm. 185/2019, de 13 de marzo.
[14] Observaciones de la Comisión europea, de 29 de agosto de 2020, a la STJUE de 16 de julio de 2020.

judicial tres veces mayor al formular su oposición al requerimiento de pago para hacer valer sus derechos derivados de la Directiva 93/13. Parece que se trataba de cantidades a cuenta de las costas judiciales, y que solo después de la terminación del procedimiento se adoptará una decisión final sobre la atribución de las costas. Este pago a cuenta sí puede disuadir a un consumidor de formular una oposición, pues como digo tiene que pagar una tasa tres veces superior si se opone que si acciona, independientemente del resultado del procedimiento.

Quizás la finalidad de las posturas comentadas sea fomentar que las partes lleguen a acuerdos extrajudiciales antes de tomar parte en un proceso judicial. En este sentido, *la Medida 2.19 del Plan de choque tras el Estado de Alarma presentado por CGPJ propone que se incluya un nuevo apartado 6 en el art. 429 LEC, exigiéndose pues, como requisito previo a la demanda en la que se solicite la nulidad de una condición general de la contratación, una reclamación extrajudicial, similar a la prevista en el RDL 1/2017, de 20 de enero. O incluso puede que estas reglas lleguen a provocar que los empresarios fomenten o impongan el Arbitraje de consumo para estas controversias, donde nunca se condena en costas a las partes.*