



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

Id Cendoj: **28079119912017100018**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **04/07/2017**

Nº de Recurso: **2425/2015**

Nº de Resolución: **419/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN núm.: 2425/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 419/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D^a. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 4 de julio de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Plácido , representado por el procurador D. Rafael Silva López bajo la dirección letrada de D.^a Carlota Isasi Salaverri, contra la sentencia dictada el 4 de junio de 2015 por la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Araba /Álava en el recurso de apelación nº 187/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 658/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria/Gasteiz sobre nulidad de cláusula suelo de un préstamo hipotecario. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter bajo la dirección letrada de D. José Marí Olano y D.^a Vanessa Aucejo Sancho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El 9 de diciembre de 2013 se presentó demanda interpuesta por D. Plácido contra la entidad financiera La Caixa solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

« I.-) Se declare nula de pleno derecho por abusiva la cláusula suelo/techo recogida en la estipulación Tercera Bis 3 del contrato de préstamo hipotecario que es objeto de la demanda, suscrito por el demandante el 30 de enero de 2009, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 4,00% y de techo del 9,50% fijados en aquella. Consecuentemente, tal declaración conllevará necesariamente la eliminación de dicha cláusula del contrato de préstamo hipotecario y su inaplicabilidad en el futuro.

»II.-) Se condene a la Caja demandada a la devolución al demandante de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, que serán determinadas en ejecución de sentencia sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en el caso de que la cláusula declarada nula nunca hubiese existido, condenando a la demandada a reintegrar al demandante todo lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de intereses, a amortizar en el préstamo la cantidad que se determine y a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

»III.- Se condene a la demandada a las costas derivadas del procedimiento».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria /Gasteiz, dando lugar a las actuaciones n.º 658/2013 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció como Caixabank S.A planteando cuestión prejudicial civil por la pendencia ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Madrid de las actuaciones de juicio ordinario n.º 471/2010, incoadas en virtud de una demanda de la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE) en ejercicio de acción colectiva de cesación en la aplicación de diversas cláusulas de préstamos hipotecarios, entre ellas las cláusulas suelo, e indemnización de daños y perjuicios. Como quiera que en dichas actuaciones Caixabank S.A. había sido emplazada como parte, demandada, solicitaba la suspensión del curso del presente litigio hasta que recayera sentencia firme en dichas actuaciones del Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Madrid.

TERCERO.- Tras acordarse por diligencia de ordenación de 20 de febrero de 2014 oír al demandante sobre la suspensión interesada por la demandada, esta presentó escrito de contestación a la demanda el siguiente día 24 planteando con carácter previo las excepciones de defecto en el modo de proponer la demanda, por estar prohibidas las sentencias con reserva de liquidación, e indebida acumulación de acciones, por carecer el Juzgado de lo Mercantil de competencia para conocer de la pretensión de condena dineraria acumulada a la de nulidad de la cláusula suelo. A continuación se opuso en el fondo, alegando la negociación individual de la cláusula y su proporcionalidad, y solicitó, en primer lugar, la suspensión del curso de las actuaciones hasta que recayera sentencia firme en el referido asunto pendiente ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Madrid; en segundo lugar, el sobreseimiento del presente litigio por el alegado defecto legal en el modo de proponer la demanda; y subsidiariamente, que se dictara sentencia desestimando las pretensiones del demandante con expresa condena en costas.

CUARTO.- El 3 de marzo de 2014 el demandante presentó escrito oponiéndose a la suspensión solicitada por la demandada.

QUINTO.- Rechazadas en la audiencia previa las excepciones planteadas por la demandada, recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada titular del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria/Gasteiz dictó sentencia el 4 de noviembre de 2014 con el siguiente fallo:

«QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Plácido representado por la Procuradora Dña. Mercedes Botas Armentia, frente a CAIXABANK S.A., representada por el procurador D. Luis Pérez-Ávila,

»DECLARO la nulidad de la cláusula recogida en la estipulación TERCERA BIS de la escritura pública de préstamo hipotecario suscrita por las partes el 30.01.2009 ante el notario D. Félix Ignacio Torres Cía en la parte que indica los límites máximo y mínimo a la variación del interés y que literalmente dice:

»extinción de comunidad con subrogación de hipoteca y novación de préstamo hipotecario de fecha 05.12.2008 otorgada por las partes ante el notario D. Luis Pérez de Lazárraga Villanueva, y que dice:

» *A efectos obligaciones tal limitación del tipo de interés no existirá respecto de la PARTE ACREDITADA, CUYA RESPONSABILIDAD CONFORME A LA Ley sea por tanto ilimitada a excepción de la primera disposición del crédito, cuyo tipo máximo y mínimo de interés nominal anual aplicable durante la fase sujeta a intereses variables será del NUEVE CON QUINIENTOS (9,500%) por ciento y CUATRO (4,00%) por ciento, respectivamente, siendo también dicho tipo máximo obligacional el tipo máximo a efectos hipotecarios para la primera disposición, en*



lugar del establecido en el primer párrafo del presente apartado F) ", manteniendo la vigencia del contrato en el resto de sus cláusulas.

»CONDENO a la demandada:

»-A estar y pasar por la declaración anterior y a abstenerse de aplicar en el futuro la indicada cláusula, manteniendo su vigencia el contrato con el resto de cláusulas.

»-A devolver al demandante las cantidades cobradas en cada una de las cuotas mensuales del préstamo a partir del 31.01.2010, fecha de finalización de la primera fase, que excedan de la aplicación del tipo de referencia más el diferencial pactado para cada caso, y que hayan sido cobradas con aplicación del tipo mínimo del 4%.

»Siendo estos, datos que con mayor facilidad puede presentar la demandada, habrá de hacerlo en la liquidación que se practique en fase de ejecución.

»- A abonar los intereses moratorios (interés legal) desde la fecha de su cobro hasta el pago, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el art. 576 LEC .

»- Al recálculo del cuadro de amortización, contabilizando el capital que debió ser amortizado a la fecha en la que se deje de aplicar la cláusula suelo pero sin que ello pueda suponer un enriquecimiento injusto para el prestatario.

Se condena en costas a la demandada».

SEXTO.- El 4 de diciembre de 2014 la entidad demandada interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia reiterando el planteamiento de la prejudicialidad civil y la consiguiente petición de suspensión de las presentes actuaciones. Como fundamentos de fondo alegaba la errónea valoración de la prueba documental en cuanto a la información facilitada al demandante, la errónea valoración de la prueba testifical y la vulneración de la doctrina jurisprudencial sentada por la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 respecto de la irretroactividad de los efectos de la nulidad, y terminaba solicitando la íntegra revocación de la sentencia apelada.

SÉPTIMO.- El demandante se opuso al recurso de apelación comenzando por la suspensión por prejudicialidad civil, porque «si se admitiera, un consumidor vitoriano habría de aguardar al resultado de un procedimiento tramitado en la villa de Madrid desde el año 2010». A continuación insistió en la abusividad y falta de transparencia de la cláusula suelo, negó la existencia de negociación respecto de la misma, defendió extensamente la sentencia apelada en cuanto a las consecuencias de la nulidad acordada y solicitó su confirmación con imposición de costas a la parte apelante.

OCTAVO.- Remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Araba/Álava, registrado el recurso de apelación con el n.º 187/2015, repartido a la sección 1.ª y personadas ambas partes ante la misma, esta dictó sentencia el 4 de junio de 2015 con el siguiente fallo:

«ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por CAIXABANK S.A. representada por el procurador Luis Pérez contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil de Vitoria en el procedimiento Ordinario número 658/13, REVOCANDO PARCIALMENTE la misma, y, en consecuencia, que debemos ACORDAR Y ACORDAMOS:

»1. CONFIRMAR la sentencia de instancia en cuanto declara la nulidad de la cláusula incluida en la cláusula tercera bis de la escritura pública de novación de fecha 30 de enero de 2009 entre el demandante y CAIXABANK en la parte referida a la limitación a la variación del interés.

»2. REVOCAR PARCIALMENTE la misma en cuanto a la condena del pago se limitará a la devolución de los intereses percibidos como efecto de las cláusulas suelo desde la fecha de publicación de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 .

»3. Las cantidades debidas devengarán el interés legal desde la fecha de pago.

»4. No procede hacer expresa imposición de costas.

»Conforme a la Disposición Adicional 15 de la LOPJ , dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.»

NOVENO.- Contra la sentencia de segunda instancia el demandante D. Plácido interpuso recurso de casación por interés casacional, compuesto de un solo motivo fundado en infracción de los arts. 1303 del Código Civil y 9.3 de la Constitución e invocando la primacía del Derecho de la Unión, especialmente el principio de no vinculación a las cláusulas abusivas, además de varias sentencias de esta sala y del Tribunal Constitucional.

DÉCIMO.- Las dos partes se personaron ante esta sala por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, pero la demandada-recurrida Caixabank S.A., además de personarse, interesó en el propio



escrito de personación, presentado el 1 de octubre de 2015, la inadmisión del recurso de casación por falta de expresión del elemento determinante del interés casacional, falta de indicación de la jurisprudencia supuestamente infringida, falta de aportación de las sentencias que sustentarían el interés casacional, indebida identificación de las infracciones que fundamentarían el recurso, acumulación en un solo motivo de normas de carácter heterogéneo y «falta de razonable calidad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (artículo 481.1 y 3 de la LEC)».

UNDÉCIMO.- El 26 de noviembre de 2015 el demandante-recurrente presentó un escrito interesando que, a la vista de la sentencia de esta sala de 25 de marzo del mismo año, se planteara una cuestión prejudicial ante el TJUE con las siguientes preguntas:

«1) Si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en particular con el artículo 6.1 de la Directiva, y a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un Juez Nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva relativa a la limitación inferior al descenso de tipos de interés en hipotecas referenciadas a un índice variable, en préstamos hipotecarios, debe proceder a declarar la nulidad de la cláusula y su carácter no vinculante desde la firma del contrato por parte del consumidor o por el contrario debe proceder a limitar los efectos de la nulidad moderar los efectos de la cláusula de limitación inferior al descenso de intereses desde la fecha de la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 2013 .

»2) Si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo 1, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en particular con el artículo 6.1 de la Directiva, y a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un Juez Nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva relativa a la limitación inferior al descenso de tipos de interés en hipotecas referenciadas a un índice variable, en préstamos hipotecarios, es acorde al ordenamiento y jurisprudencia de la UE la doctrina fijada "en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se aclare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 " o por el contrario tal doctrina es contraria al ordenamiento y jurisprudencia de la UE y en consecuencia debe procederse a declarar la nulidad de la cláusula y su carácter no vinculante desde la firma del contrato por parte del consumidor y procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la firma del contrato.

»3) Si la aplicación de la referida doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la limitación temporal de los efectos de la nulidad de la cláusula respecto a la obligación de restitución de los intereses cobrados en aplicación de la misma, supone una moderación de las consecuencias de la nulidad incompatible con el ordenamiento jurídico y jurisprudencia de la Unión Europea.»

DUODÉCIMO.- Tras oponerse la demandada-recurrida al planteamiento de cuestión prejudicial, esta sala dictó auto el 25 de enero del corriente año admitiendo el recurso de casación, reservando para la sentencia, en su caso, la decisión sobre las causas de inadmisión alegadas por la demandada-recurrida en su escrito presentado el 1 de octubre de 2015, abriendo el plazo de veinte días para que la parte recurrida formalizara por escrito su oposición al recurso y fijando ese mismo plazo para que las dos partes pudieran hacer alegaciones sobre los efectos de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 en los asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 .

DECIMOTERCERO.- El demandante-recurrente presentó alegaciones el 22 de febrero del corriente año interesando la íntegra estimación de su recurso de casación y la confirmación total de la sentencia de primera instancia, con imposición de costas a la demandada-recurrida «en las diferentes instancias de este procedimiento».

DECIMOCUARTO.- La demandada-recurrida Caixabank S.A. presentó el 27 de febrero del corriente año su oposición al recurso de casación, incluyendo alegaciones respecto de la referida sentencia del TJUE. Insistió en las causas de inadmisión del recurso alegadas en su escrito de personación, pero para el caso de que no procediera la desestimación del recurso por inadmisión, manifestó no oponerse «a la petición de irretroactividad», si bien interesando que no se le impusieran las costas de las instancias porque la sentencia recurrida era conforme con la jurisprudencia de esta sala en ese momento, de modo que las dudas de derecho sobre los efectos de la nulidad no quedaron despejadas hasta la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 . Finalmente, tras puntualizar que, conforme a dicha sentencia y a la jurisprudencia posterior de esta sala, «Caixabank se encuentra en disposición de abonar al cliente la íntegra devolución de cantidades, si bien



la pretensión de obtener una condena en costas podría estar distorsionando el pleito y obstruyendo la pronta terminación del mismo», terminó solicitando, con carácter principal, la íntegra desestimación del recurso de casación, con imposición de costas al recurrente y, subsidiariamente, para el caso de ser estimado el recurso de casación, que se acordara «la no imposición de costas, relativas a la primera y a la segunda instancia, a esta parte».

DECIMOQUINTO.- Por providencia de 3 de abril del corriente año se nombró ponente al magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz y se señaló la votación y fallo del recurso para el 24 de mayo siguiente, pero con esta última fecha se dictó la siguiente providencia:

«Dada cuenta por el Magistrado Ponente, tomando en consideración la materia a que se refiere la cuestión litigiosa y a fin de unificar criterios en materia de costas procesales, al amparo de las facultades concedidas a esta Presidencia por el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se acuerda suspender el señalamiento para la votación y fallo del presente recurso que se había efectuado para el día 24 de mayo de 2017, y que pase a conocimiento del Pleno de la Sala que tendrá lugar el 31 de mayo de 2017 a las 10.30 horas de su mañana.»

DECIMOSEXTO.- La deliberación, votación y fallo del recurso tuvo lugar en pleno el 31 de mayo. Al no conformarse el magistrado ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz con el parecer de la mayoría y anunciar voto particular, la ponencia fue asumida por el presidente de la sala, Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Cuestión que justifica un pronunciamiento del pleno de los magistrados de la sala.*

Como resulta de la providencia de 24 de mayo del corriente año, la cuestión jurídica que motivó la avocación del presente recurso de casación al pleno de los magistrados de la sala es la relativa a las costas de las instancias para el caso de que proceda estimar el recurso y casar la sentencia impugnada, ya que resulta imprescindible la adopción de un criterio uniforme sobre esta cuestión para todos los recursos pendientes en materia de cláusulas suelo, sin perjuicio de que alguno de ellos pueda presentar peculiaridades propias que justifiquen otra decisión.

No obstante, como quiera que el banco demandado-recurrido, al oponerse al recurso de casación, ha pedido con carácter principal la desestimación del recurso por inadmisión, reiterando las razones aducidas en su escrito de personación ante esta sala, hay que pronunciarse en primer lugar sobre la estimación o desestimación del recurso.

SEGUNDO.- *Motivo único de casación y causas de inadmisión alegadas por la parte recurrida.*

El único motivo del recurso se funda en infracción de los arts. 1303 del Código Civil y 9.3 de la Constitución, y su interés casacional se justifica por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial representada por la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 y contradicción de la doctrina de la sentencia de esta sala de 25 de marzo de 2015 con el Derecho de la Unión, especialmente con la Directiva 93/13 /CEE y el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas según la jurisprudencia del TJUE que se expone en el desarrollo del motivo.

Las causas de inadmisión alegadas por el banco recurrido para interesar la desestimación del recurso son, conforme al escrito de oposición y su remisión al escrito de personación, las siguientes:

«. Falta de expresión por la parte recurrente en el encabezamiento del recurso de cuál es el elemento, entre los que pueden integrar el interés casacional, en el que se funda la admisibilidad del recurso.

. Falta de indicación de la jurisprudencia que solicita se declara infringida (artículo 481.1 LEC).

. Falta de aportación del texto de las sentencias en las que la actora pretende apoyar la existencia de interés casacional.

. Fundamentación del recurso en infracciones que no se identifican debidamente en el encabezamiento o formulación del motivo.

. Acumulación en un solo motivo de normas de carácter heterogéneo.

. Falta de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (artículo 481.1 y 3 de la LEC)».

TERCERO.- *Decisión de la sala: admisibilidad y estimación del recurso de casación y confirmación de la sentencia de primera instancia.*



Pese a la batería de causas de inadmisión alegadas por el banco recurrido, no procede apreciar ninguna de ellas.

El art. 1303 CC, citado como primera norma infringida en el encabezamiento del motivo, es el directamente aplicable para decidir la cuestión sustantiva controvertida, es decir, los efectos de la nulidad de la cláusula suelo ; el art. 9.3 de la Constitución, segunda y última norma citada como infringida, garantiza la seguridad jurídica y por tanto su cita, aunque habría podido omitirse sin por ello afectar al interés casacional del recurso, no oscurece la cuestión jurídica planteada; las sentencias de esta sala de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015 sobre cláusulas suelo son tan conocidas (SSTS 241/13 y 139/2015 respectivamente) que inadmitir el recurso por no acompañarse copia de las mismas habría vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva; y en fin, la claridad de la cuestión jurídica planteada y lo que pretende el recurrente, esto es, que los efectos de la nulidad tengan el alcance acordado por la sentencia de primera instancia y por tanto sin el límite temporal establecido por la sentencia de segunda instancia, es tanta que, en verdad, resultan manifiestamente infundadas las alegaciones del banco recurrido que, de una u otra forma, cuestionan la «claridad expositiva» del recurso y la identificación de la norma o normas infringidas o de la jurisprudencia que el recurrente interesa de esta sala.

En definitiva, como en la sentencia 248/2017, de 20 de abril , sobre un recurso similar cuya desestimación por inadmisión también pidió la entidad entonces recurrida, la alegación de inadmisibilidad «debe desestimarse, porque el interés casacional es manifiesto, a la vista de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, acogida por esta sala en los términos que se expondrán más adelante».

En consecuencia, rechazados los óbices de inadmisibilidad propuestos por el banco recurrido como razones únicas para interesar la desestimación del recurso, procede acordar la estimación de su único motivo porque, conforme a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo* , asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), la limitación temporal de los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE , razón por la que esta sala, a partir de su sentencia de pleno 123/2017, de 24 de febrero , ha ajustado su jurisprudencia a lo resuelto por el TJUE, lo que necesariamente determina que el art. 1303 CC , norma citada en el motivo como infringida, deba interpretarse y aplicarse, en materia de consumidores comprendidos en el ámbito de la Directiva 93/13/CEE, conforme a la doctrina del TJUE, así como que carezca ya de objeto la petición del recurrente de que esta sola plantee cuestión prejudicial al TJUE.

A su vez, la casación de la sentencia recurrida comporta la desestimación del recurso de apelación interpuesto en su día por el banco demandado, la confirmación de la sentencia de primera instancia, la no imposición a ninguna de las partes de las costas del recurso de casación (art. 398.2 LEC) y la devolución al recurrente del depósito constituido (d. adicional 15.ª.8 LOPJ)

CUARTO.- Costas de las instancias. Planteamiento y petición de la parte recurrida.

El banco recurrido ha interesado, para el caso de que el recurso no fuera desestimado por inadmisión, que no se le impongan las costas de primera y segunda instancia.

Las razones que aduce son, en esencia, que tanto al contestar a la demanda como al celebrarse la audiencia previa y el juicio y al interponer su recurso de apelación, los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo planteaban serias dudas de derecho y, además, habían sido objeto de fijación de doctrina jurisprudencial por esta sala en el sentido de limitar tales efectos a mayo de 2013.

En apoyo de sus razones invoca los arts. 394 y 398 LEC y el acuerdo de esta sala de 27 de enero de 2017 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, en concreto el apdo. 3.2 cuando prevé que «el carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial podrá tomarse en consideración para resolver sobre las costas».

QUINTO.- Decisión de la sala. Interpretación de los arts. 394 y 398 LEC conforme al principio general del vencimiento en relación con los principios de no vinculación y efectividad. Imposición de las costas al demandado.

Esta sala, al estimar después de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 recursos de casación similares al presente, ya se ha pronunciado sobre las costas de las instancias, y lo ha hecho imponiéndoselas a la parte demandada, conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC , para las costas de segunda instancia, y conforme al art. 394.1 LEC para las de primera instancia, si bien en el caso de estas últimas la condena resultaba de la confirmación de la sentencia de primera instancia no impugnada especialmente sobre este punto en apelación (sentencias 247/2017 , 248/2017 , 249/2017, las tres de 20 de abril , 314/2017, de 18 de mayo , y 357/2017, de 6 de junio , entre otras).



No obstante, en ninguno de esos casos la parte recurrida en casación había planteado con una mínima claridad que su petición de no imposición de costas se refiriera a las de las instancias, que serían las problemáticas puesto que ninguna duda cabe de que la estimación del recurso de casación comporta, según el art. 398.2 LEC, que no se condene a ninguna de las partes litigantes en las costas del propio recurso de casación.

En el presente caso, en cambio, la parte recurrida, demandada y apelante en las instancias, sí ha planteado la cuestión con claridad, proponiendo que, en lugar de la regla general del vencimiento (art. 394.1, párrafo primero, LEC, aplicable a las costas de primera instancia y también, por remisión del art. 398.1 LEC, a las de segunda instancia), se aplique la salvedad contenida en el mismo párrafo del apdo. 1 del art. 394 en relación con el segundo párrafo del mismo apartado; es decir, que no se le impongan las costas de las instancias por presentar el caso, desde que contestó a la demanda hasta la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, serias dudas de derecho sobre el alcance temporal de los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo.

La tesis del banco demandado no carece de fundamento porque, ciertamente, el acuerdo de esta sala de 27 de enero de 2017 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal prevé que el carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial pueda tomarse en consideración para resolver sobre las costas. Este carácter sobrevenido se valoró, incluso, en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero, que fue la primera por la que ajustó la doctrina jurisprudencial a la de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, para no imponer las costas del recurso de casación, pese a su desestimación, al banco recurrente.

Sin embargo, en trance de sentar un criterio sobre las costas de las instancias para todos los casos similares al presente en que, debido a la estimación del recurso de casación del demandante, esta sala deba pronunciarse sobre esas costas, no puede prescindirse de unos elementos tan relevantes como son, primero, que el pronunciamiento afecta directamente a un consumidor que vence en el litigio y, segundo, que el cambio de doctrina jurisprudencial se debe a una sentencia del TJUE que, como la del 21 de diciembre de 2016 y según se desprende con toda claridad de su apdo. 71, se funda esencialmente en el derecho de los consumidores a no estar vinculados por una cláusula abusiva (art. 6, apdo. 1, de la Directiva 93/13).

A su vez, la circunstancia de que la modificación de la jurisprudencia nacional se deba a lo resuelto por el TJUE debe ponerse en relación con el principio de efectividad del Derecho de la Unión, conforme al cual la seguridad jurídica no debe salvaguardarse en un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia de un tribunal nacional (STJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08, *Olimpiclub*).

El principio de efectividad, así entendido, ya ha sido tomado en consideración por esta sala al resolver asuntos sobre cláusulas suelo después de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016. Así, el auto de 4 de abril de 2017 (asunto 7/2017) lo valora para inadmitir a trámite una demanda de revisión de una sentencia firme que, ajustándose a la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala, había limitado en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo, razonando esta sala que lo pretendido en la demanda era proyectar la jurisprudencia del TJUE no sobre un asunto todavía pendiente de sentencia firme sino sobre un asunto ya resuelto por sentencia firme. Y la sentencia de esta sala 314/2017, de 18 de mayo, también lo toma en consideración, pero esta vez en favor del consumidor porque se trataba de resolver un recurso de casación interpuesto por el demandante, de modo que aún no había recaído sentencia firme, y el banco demandado-recurrido pretendía que, pese a lo ya resuelto por el TJUE, la primera sentencia de esta sala sobre cláusulas suelo, es decir, la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, produjera efectos de cosa juzgada en cuanto a la limitación temporal de los efectos restitutorios.

En cuanto al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 hace las siguientes consideraciones.

«53 A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional.

»54 Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales, que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garbitto*, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 44).

»55 Por otro lado, se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la



igualdad entre éstas (sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C- 618/10, EU:C:2012:349, apartado 63).

»56 Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (sentencia 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C,-26/13, EU:C:2014:282, apartado 78).

[...]

»61 De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efecto frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.»

Pues bien, en virtud de todas las anteriores consideraciones 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 esas 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.

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, como con más detalle resulta de los antecedentes de hecho de la presente sentencia, antes de contestar a la demanda pidió la suspensión del curso de las 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 sólo del 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 esta 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.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



- 1.º- Estimar el recurso de casación por interés casacional interpuesto por el demandante D. Plácido contra la sentencia dictada el 4 de junio de 2015 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Araba/Álava .
- 2.º- Casar la sentencia recurrida y, en su lugar, desestimando totalmente el recurso de apelación interpuesto en su día por la entidad demandada, confirmar íntegramente la sentencia dictada el 4 de noviembre de 2014 por el titular del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria/Gasteiz, incluido su pronunciamiento sobre costas.
- 3.º- Imponer a la entidad demandada-apelante las costas de la segunda instancia.
- 4.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.
- 5.º- Y devolver al recurrente el depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

Que formulan los Magistrados Excmos. Sres. D. José Antonio Seijas Quintana, D. Ignacio Sancho Gargallo y D. Eduardo Baena Ruiz, al amparo de lo previsto en los arts. 206 y 260 LOPJ y 203 y 205 LEC .

Se acepta la anterior sentencia, de la que únicamente se discrepa en la decisión sobre la condena a la parte demandada de las costas causadas en las instancias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

Para mejor inteligencia del voto particular vamos a detenernos en el resumen de antecedentes de la cuestión sobre la que éste recae, a pesar de que pueda ser reiterativo del recogido en la sentencia.

1.- El demandante Plácido formuló demanda de juicio ordinario contra la entidad La Caixa (actualmente, Caixabank S.A.), en la que solicitaba que se dictase sentencia que:

«(i) Declare nula de pleno derecho por abusiva la cláusula suelo/techo en la estipulación Tercera Bis 3 del contrato de préstamo hipotecario que es objeto de la demanda, suscrito por el demandante el 30 de enero de 2009, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 4,00% y de techo del 9,50 fijados en aquella. Consecuentemente tal declaración conllevará necesariamente la eliminación de dicha cláusula del contrato de préstamo hipotecario y su inaplicabilidad en el futuro.

(ii) Se condene a la demandada Caja a reintegrar y a la devolución al demandante de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, que serán determinadas en ejecución de sentencia sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido, condenando a la demandada a reintegrar al demandante todo lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de intereses, a amortizar en el préstamo la cantidad que se determine y a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

(iii) Se condene en costas a la demandada.»

2.- El juzgado de lo mercantil estimó íntegramente la demanda en los términos solicitados.

Razonó, en lo ahora relevante, que en el alcance de la retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula, esto es, los efectos de la declaración de ineficacia de la cláusula, no era de aplicación la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 , pues en ésta se ejercitó una acción colectiva y en la aquí enjuiciada una acción individual, que son distintas y con régimen jurídico diverso.

3.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la sección primera de la Audiencia Provincial de Álava, que dictó sentencia el 4 de junio de 2015 . En ella estimó parcialmente el recurso.

Confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula, pero la revocó en el sentido de que la condena de devolución de los intereses percibidos como efecto de la cláusula suelo se



limitaba a los percibidos desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 . Y no hizo expresa condena en costas.

4.- La revocación mencionada, causa del presente recurso de casación, se fundó en la sentencia de Pleno de esta sala de 25 de marzo de 2015 que fijó como doctrina:

«Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ».

5.- La representación procesal del demandante interpone contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional. Justifica tal interés en la oposición de la sentencia recurrida a la sentencia de Pleno de esta sala de 9 de mayo de 2013 , y en la existencia de contradicción con el Derecho de la Unión Europea.

6.- Articula un único motivo al amparo del art. 1303 CC y 9.3 CE , aplicables para resolver las cuestiones del proceso.

En el desarrollo del motivo alega que, en aplicación del principio de primacía del derecho comunitario, procede, tras la declaración de nulidad, la devolución íntegra de las cantidades percibidas, conforme al art. 1303 CC y al principio de no vinculación de las cláusulas abusivas, recogido en la Directiva 13/93 e interpretado por la jurisprudencia del TJUE. Esta vinculación debe ser incondicional y absoluta, y, en consecuencia, no pueden graduarse y limitarse en el tiempo los efectos restitutorios, limitación que de admitirse tampoco permitiría la virtualidad del efecto disuasorio frente a las prácticas abusivas.

7.- Mas adelante se dictó la sentencia de 21 de diciembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre una cuestión prejudicial que constituye objeto del litigio y del presente recurso.

8.- La sala dictó auto el 25 de enero de 2017 en el que acordó admitir el recurso de casación, dar traslado a la parte recurrida para formalizar por escrito su oposición al recurso en el plazo de veinte días, y en ese mismo plazo se concedió a las partes que pudiesen hacer alegaciones sobre los efectos de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 .

9.- La parte recurrida en su escrito de oposición al recurso, de fecha de 24 de febrero de 2017, solicitó la desestimación del recurso de casación por concurrir causa de inadmisión, y para el supuesto de que no se apreciaran las causas de inadmisión, no formula oposición al recurso y solicita la revocación de la sentencia recurrida.

Sin embargo, también solicita que no se le impongan las costas de ninguna de las instancias.

Y ello, según argumenta, porque en el momento de presentar la contestación a la demanda en fecha 18 de febrero de 2014, la celebración de la audiencia previa el día 21 de mayo de 2014, en el acto de juicio celebrado en fecha 18 de septiembre de 2014, y en el momento de interposición del recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia, en fecha 4 de diciembre de 2014, los efectos derivados de la declaración de nulidad de una cláusula suelo planteaba serias dudas de derecho y, además había sido objeto de fijación de doctrina jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo en el sentido de limitar tales efectos a mayo de 2013.

En este sentido, el pronunciamiento de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava que resolvió el recurso de apelación, era conforme con la jurisprudencia entonces existente. Fue con posterioridad a la formulación del recurso, cuando la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto Gutiérrez Naranjo) provocó un cambio de jurisprudencia.

En este sentido, cuando existe un cambio sobrevenido de jurisprudencia, el propio Tribunal Supremo lo ha considerado un factor a tener en cuenta para resolver sobre las costas. En concreto, en el apartado 3.2 de la página 13 del nuevo acuerdo, se establece literalmente:

«El carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial podrá tomarse en consideración para resolver sobre las costas».

10.- Precisamente en esa fecha, 24 de febrero de 2017, se dictó la sentencia de Pleno 123/2017 , por la que se procedió a modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, en aplicación de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 .

SEGUNDO.- Como la estimación del recurso de casación lleva aparejada la desestimación total del recurso de apelación interpuesto en su día por la parte recurrida, así como la estimación de la demanda que se formuló en su contra, lo que pretende Caixabank, a la par que no se opone al recurso de casación, es que no se le



haga expresa condena en costas, en atención a la serias dudas de derecho que existían respecto a la cuestión controvertida.

TERCERO.- *La inaplicación del principio de vencimiento objetivo en caso de cambio sobrevenido de jurisprudencia*

1.- Cuando la parte demandante formuló la presente demanda y la sentencia de primera instancia decidió sobre la denominada «irretroactividad», esto es, sobre el alcance de la ineficacia de la cláusula suelo, reconoció las discrepancias surgidas en atención a los términos en los que el Tribunal Supremo se expresa en la sentencia de 9 de mayo de 2013 . En esta sentencia se decidió sobre una acción colectiva y no individual y esa distinción fue foco de discrepancias por los tribunales a la hora de resolver sobre la cuestión, esto es, cuando la acción ejercitada sea individual y no colectiva.

Decidió sobre tales discrepancias la sentencia de Pleno de 25 de marzo de 2015 .

Pero tanto cuando la parte demandada contestó a la demanda formulada en su contra, como cuando interpuso el recurso de apelación, no se había dictado la sentencia de Pleno antes citada.

Por tanto, existían serias dudas de derecho respecto a la cuestión controvertida.

2.- La sentencia de 10 de diciembre de 2010 afirma que:

«El principio objetivo del vencimiento, como criterio para la imposición de costas que establece el artículo 394.1, primer inciso, LEC , se matiza en el segundo inciso del mismo precepto con la atribución al tribunal de la posibilidad de apreciar la concurrencia en el proceso de serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen la no-imposición de costas a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones. Esta previsión tiene su precedente inmediato en el artículo 523, I LEC 1881 -en el que se contemplaba la facultad de juez de apreciar circunstancias excepcionales que justificaran la no-imposición de costas- y su acogimiento transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado (STS 14 de septiembre de 2007, RC n.º 4306/2000). Se configura como una facultad del juez (SSTS 30 de junio de 2009 ; 10 de febrero de 2010), discrecional aunque no arbitraria puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes».

La referencia contenida en párrafo segundo del art. 394.1 LEC a la jurisprudencia, puede alcanzar también al criterio seguido por las Audiencias Provinciales en aquellos asuntos en los que no existe propiamente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

3. - En otras ocasiones en que concurrían circunstancias como las expuestas, la sala ha decidido no hacer expresa condena en costas y usar la facultad que concede al tribunal el art. 394.1 LEC (sentencias 652/2016, de 4 de noviembre; 180/2017, de 13 de marzo; 190/2017, de 15 de marzo; y 227/2017 de 6 de abril).

La sala se ha acogido a esta excepción del principio de vencimiento objetivo, cuando acababa de resolver dudas sobre la interpretación de normas o de reglas jurídicas (sentencia 435/2015 de 10 de septiembre, 543/2015 de 20 de octubre). También cuando no existía jurisprudencia (sobre si lo decidido en el enjuiciamiento de una acción colectiva era de aplicación al decidir sobre una acción individual), y como consecuencia había discrepancia entre audiencias provinciales (sentencia 720/2016 de 1 de diciembre, y 198/2017 de 23 de marzo).

En este sentido, la sentencia 329/2015, de 8 de junio, razona para no imponer las costas a ninguna de las partes, que se habían interpuesto los recursos antes de que esta sala fijara doctrina sobre la materia, que sería el caso presente en los términos cronológicos que hemos relatado, pues la sentencia de Pleno de 25 de marzo de 2015 fue posterior.

Por otra parte, hemos de tener en cuenta que la decisión del recurso y sus consecuencias sobre las sentencias dictadas en las instancias, viene propiciada por una doctrina jurisprudencial sobrevenida, que es la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 , lo que indudablemente ha de tomarse en consideración para resolver sobre las costas por concurrir serias dudas de derecho.

4.- Constituye una exigencia derivada de la seguridad jurídica, principio amparado por el art. 9 CE , que las resoluciones judiciales sean predecibles. De ahí la necesidad de unificar doctrina para que, tanto los justiciables como los profesionales del derecho, sepan a qué atenerse, sin perjuicio de la legítima crítica que pueda hacerse de las decisiones de los tribunales y de la doctrina unificada.

A esta exigencia se acomodó, en el presente supuesto, la Audiencia que dictó la sentencia recurrida. Conocedora de la sentencia de Pleno de 25 de marzo de 2015, que zanjaba las discrepancias entre audiencias provinciales sobre la aplicación retroactiva de la ineficacia de una cláusula suelo como consecuencia de no pasar el control de transparencia, la aplicó, a fin de ser predecible en su decisión y ofrecer seguridad jurídica.

**CUARTO.-** *No afectación del principio de efectividad*

1.- La particularidad del supuesto enjuiciado recae en que la parte demandante es un consumidor, y la tesis que sostenemos conlleva que debería soportar los gastos judiciales ocasionados en la defensa de su derecho. Aunque pudiera parecer que este criterio contraría el principio de efectividad, por el que no se puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la UE, no es así.

Conforme a la jurisprudencia del TJUE recogida en la sentencia de 27 de junio de 2013 (asunto ET Agroconsulting-04, C-93/12), «la cuestión de si una disposición procesal nacional hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los particulares debe apreciarse teniendo en cuenta, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional de que se trate, como pueden ser la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento».

La propia sentencia Gutiérrez Naranjo reconoce la prevalencia a la seguridad jurídica, al advertir que la protección del consumidor no es absoluta, tiene ciertos límites, entre los que resalta la cosa juzgada.

2.- La regulación que en nuestro derecho procesal se hace respecto de la imposición de costas, en concreto el art. 394.1 LEC , no contradice el principio de efectividad, pues el criterio que sienta es el del vencimiento objetivo. Solo prevé, como excepción, la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho.

Según la interpretación de la sala, ya citada, esa excepción se configura como una facultad discrecional del tribunal, que ha de estar suficientemente motivada. En su caso, la contradicción del principio de efectividad podría recaer en atención a la motivación empleada (las razones de la justificación) para la no imposición de las costas, pero no en esta posibilidad. 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 emplee para justificarlo debería de ser más reforzada respecto de otros supuestos en que no sean consumidores los afectados por tal decisión.

Lo que exige, pues, el principio de efectividad del Derecho de la Unión, por verse afectados consumidores, es una aplicación más restrictiva de la facultad prevista en el inciso segundo del art. 394.1 LEC , y una motivación más exigente y rigurosa.

3.- En el supuesto ahora enjuiciado, no se considera infringido el citado principio de efectividad, si se tienen en cuenta las circunstancias acaecidas en el iter procesal, que cronológicamente hemos relatado.

Esas circunstancias son, a nuestro juicio, sustanciales y relevantes, porque tanto el tribunal de apelación como la parte demandada han confiado en la doctrina de la sala. La decisión de aquel y la defensa de esta se han guiado por la seguridad jurídica que ofrecía dicha doctrina y, por ende, lo predecible de la resolución final.

4.- Tampoco cabe reprochar desidia a la parte demandada, por no hacer frente a sus obligaciones a raíz de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 .

En primer lugar, porque la demandada era parte recurrida en casación, y tras la reseñada STJUE, esta sala le dio audiencia para que informara lo que estimara oportuno, y fue al contestar a este trámite cuando manifestó que no se oponía al recurso, pero pedía que no se le impusieran las costas. Es lógico que esperara a la resolución de la sala estimatoria del recurso, que dejaría sin efecto la sentencia de instancia, para dar inmediato cumplimiento y devolver las cantidades correspondientes.

En segundo lugar, porque la sala acomodó su doctrina a esa sentencia del TJUE el día 24 de febrero de 2017 (sentencia de Pleno 123/2017), que coincide con el mismo día en que Caixabank presentó sus alegaciones, y por eso sin conocer todavía lo decidido por la sala, aunque fuera predecible.

QUINTO. - *Consecuencia sobre el fallo de la sentencia*

La consecuencia de lo anterior sería la no imposición de las costas generadas por el recurso de apelación interpuesto por Caixabank, que ha resultado desestimado como consecuencia de la estimación del recurso de casación, ni tampoco las causadas en primera instancia, aunque haya resultado estimada la demanda, por existir en ambos casos serias dudas de derecho.