

CASACIÓN núm.: 5170/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del
Carmen García Álvarez

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO**

Sentencia núm. 472/2020

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 17 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 310/2018, de 10 de septiembre, dictada en grado de apelación por la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de

autos de juicio ordinario 1065/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 89 de Madrid, sobre nulidad de préstamo hipotecario.

Es parte recurrente D. _____ y D.^a

representados por la procuradora D.^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón y bajo la dirección letrada de D.^a Patricia Gabeiras Vázquez.

Es parte recurrida Banco Santander S.A., representada por la procuradora D.^a María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D.^a Ana Otero Iglesias.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón, en nombre y representación de D. _____ y D.^a

interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Español S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que:

» a) Se declare la nulidad del acuerdo inserto en escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria referido a las divisas, declarando así mismo de manera integradora que:

» a. La cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 585.000,00 euros, la cantidad que correspondía amortizar en concepto de principal e intereses también en euros.

» b. Que en consecuencia, y en el caso de que los demandantes hayan abonado una cantidad superior en concepto de capital e intereses a la que habrían pagado de haber operado desde el principio en euros, se reintegre en metálico dicho exceso a los demandantes como efecto inherente a la nulidad instada, incluyendo cualesquiera otros costes, gastos y comisiones abonadas por razón de la constitución de los derivados financieros, junto con sus intereses.

» Y en virtud de lo anterior, se condene a la entidad a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

» b) Subsidiariamente se declare resuelto el contrato en su parte referida al instrumento financiero en el que consiste el mecanismo multidivisa con condena al pago en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados, consistentes en la pérdida sufrida por razón de dicho mecanismo hasta la fecha de sentencia, por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y de buena fe que competen al banco.

» A efectos de liquidación, se considerará que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a Euros, restando de esta cantidad la diferencia total entre las cuotas que mis mandantes hubieran abonado de más con razón del préstamo hipotecario multidivisa en comparación con un préstamo hipotecario directamente en euros, restando asimismo de este importe la cantidades en euros pagadas en concepto de principal, intereses y cualesquiera otros conceptos, desde aquella fecha, condonando por lo tanto el resto de la deuda que se haya incrementado por la variación de la paridad de las divisas.

» Las cantidades condonadas constituirán los daños y perjuicios sufridos por mis mandantes, y así mismo, en el caso de que los demandantes hayan abonado una cantidad superior en concepto de capital e intereses a la que habrían pagado de haber operado desde el principio en euros, la reintegración en metálico de dicho exceso, incluyendo cualesquiera otros costes, gastos y comisiones abonados por razón de la constitución de los derivados financieros junto con sus intereses, condenando a Banco Popular, S.A. a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

» c) Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 27 de octubre de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 89 de Madrid, fue registrada con el núm. 1065/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a María José Bueno Ramírez, en representación de Banco Popular S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 89 de Madrid dictó sentencia 274/2017, de 7 de noviembre, que desestimó la demanda y condenó a los demandantes al pago de las costas.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. _____ y D.^a _____

La representación de Banco Popular S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 143/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 310/2018, de 10 de septiembre, cuyo fallo dispone:

«Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.^a _____ y D. _____ contra la sentencia de 7/11/2017 dictada por el Juzgado de 1^a instancia nº 89 de Madrid en juicio ordinario 1065/2016, resolución que se revoca y deja sin efecto con estimación de la demanda presentada por los recurrentes por la que se declara la nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado por las partes el día 17 de abril de 2009 en su referencia a las cláusulas sobre divisas extranjeras en él mencionadas por ser abusivas, declarando que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado en euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses con su valor en euros hasta la fecha de la presente Sentencia, con aplicación del Euribor como tipo de interés aplicable al préstamo desde su inicio y considerando que el préstamo lo fue en euros como también las amortizaciones, con la condena a Banco Popular Español, SA a devolver a los demandantes las comisiones, costes y gastos vinculados y aplicados por la utilización de divisa, cantidad que devengará el interés legal correspondiente desde su realización, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D.^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón, en representación de D. _____ y D.^a _____ interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Infracción de los arts. 8 b) y c) y 83 del Texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, interpretados como el derecho del consumidor a quedar indemne y a obtener una reparación completa de los daños causados bajo el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas según la jurisprudencia del TJUE.

» Jurisprudencia infringida: STS del Pleno nº 419/17, de 4 de julio».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de

los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 30 de octubre de 2019, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Santander S.A. (antes Banco Popular S.A.) se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de febrero de 2020. Por providencia de 5 de febrero de 2020 se acordó suspender el señalamiento y señalarlo para pleno el 18 de marzo de 2020. Y, por providencia de 25 de mayo de 2020 se acordó, a consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, señalar nuevamente para votación y fallo por el Pleno de la Sala el 17 de junio de 2020, en que tuvo lugar por videoconferencia, y que se ha prolongado en fechas posteriores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- D. [redacted] y D.^a [redacted] interpusieron el 27 de octubre de 2016 una demanda contra Banco Popular Español S.A. (en lo sucesivo, Banco Popular), en la que, entre otras pretensiones, solicitaron la nulidad de las cláusulas relativas a divisa del préstamo que habían concertado para la adquisición de su vivienda. Con apoyo en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 323/2015, de 30 de junio, sostuvieron su carácter de producto financiero complejo, al tratarse de un instrumento financiero que incluía un derivado implícito, y que, por tanto, le era de aplicación la normativa del mercado de valores que regula las exigencias de claridad, transparencia e información en la comercialización de productos complejos.

Para el caso de que el tribunal no considerara que estuviéramos ante un producto financiero complejo, los prestatarios solicitaron la nulidad de las cláusulas relativas a la divisa por la aplicación de la normativa sobre defensa de consumidores y usuarios, al ser consumidores los prestatarios, por el

carácter abusivo de las cláusulas, con fundamento en los arts. 82 y 83.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU) y en la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia.

Por tal razón, solicitaron que se declarara la nulidad del acuerdo inserto en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria referido a las divisas y, en consecuencia, se declarara que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir del importe prestado la cantidad que correspondía amortizar en concepto de principal e intereses en euros y, en caso de que los demandantes hubieran abonado una cantidad superior en concepto de capital e intereses a la que habrían pagado de haber operado desde el principio en euros, se reintegrara en metálico dicho exceso a los demandantes como efecto inherente a la nulidad instada, incluyendo cualesquiera otros costes, gastos y comisiones abonadas por razón de la constitución de los derivados financieros, junto con sus intereses.

2.- El banco demandado se opuso a la demanda y solicitó su desestimación. Alegó que el préstamo hipotecario en divisas no tiene la condición de instrumento financiero ni producto de inversión, según declaró la STJUE de 3 de diciembre de 2015, asunto C-312/14, por lo que no es aplicable la normativa del mercado de valores. Negó también que hubiera incumplido la normativa de protección de consumidores y usuarios.

3.- La sentencia de primera instancia, dictada el 7 de noviembre de 2017, desestimó la demanda, y condenó a los demandantes al pago de las costas. En lo que aquí interesa, declaró, con fundamento en la STJUE de 3 de diciembre de 2015, asunto C-312/14, que el préstamo en divisa extranjera es una variedad de mutuo, que añade al mismo complejidad, y que había quedado atrás el criterio de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 323/2015, de 30 de junio, que lo consideraba un derivado financiero, encontrándonos ante un modo de ejecución de préstamo no exento de cierta complejidad. Y rechazó que hubiera falta de transparencia.

4.- Los demandantes interpusieron recurso de apelación el 19 de diciembre de 2017, esto es, en una fecha posterior a que se dictara la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 608/2017, de 15 de noviembre, dictada a su vez

con posterioridad a la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso *Andrić*, en la que esta sala modificó la doctrina de 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). En lo que aquí es relevante, los demandantes centraron principalmente su recurso de apelación en las exigencias derivadas de la normativa de protección de consumidores, y en concreto, en el control de transparencia de las cláusulas relativas a la divisa.

5.- El banco demandado se opuso al recurso de apelación y mantuvo los argumentos de la contestación a la demanda, a los que añadió unas consideraciones más amplias sobre el carácter no abusivo de las cláusulas, porque superaban el doble control de transparencia.

6.- La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación de los demandantes y declaró la nulidad de las cláusulas relacionadas con la divisa, por no superar el control de transparencia, conforme a las exigencias derivadas de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 608/2017, de 15 de noviembre. Invocó la doctrina contenida en esta sentencia sobre la aplicación a este tipo de préstamos de la normativa de protección de consumidores y usuarios y sobre el alcance de la obligación precontractual de información, afirmó que no estaba probado que los demandantes hubieran recibido una explicación del producto y de sus concretos riesgos y que la lectura de las cláusulas del contrato no permitía identificar una expresa referencia al riesgo implícito relativo a la posibilidad de deber más capital del inicialmente prestado, provocado por la incidencia de la fluctuación de la divisa, por lo que declaró la nulidad de las cláusulas impugnadas y acordó los efectos de la nulidad parcial conforme a la citada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Finalmente, en cuanto a las costas, declaró:

«Las dudas de derecho sobre la normativa aplicable a los préstamos hipotecarios en divisa, resueltas en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, lleva a no hacer expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias, arts. 391 y 398 LEC».

7.- Los demandantes han interpuesto un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basado en un motivo, que ha sido admitido.

SEGUNDO.- *Formulación del recurso*

1.- En el encabezamiento del motivo, los demandantes denuncian la infracción de los arts. 8 b) y c) y 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU).

2.- El interés casacional se justifica porque la sentencia de la Audiencia Provincial sería contraria a la doctrina establecida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 419/2017, de 4 de julio.

3.- En el desarrollo del motivo, los recurrentes, con apoyo en la citada sentencia 419/2017, de 4 de julio, argumentan que la no imposición de las costas al demandado supone una excepción al principio del vencimiento objetivo del art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si el consumidor tiene que pagar sus costas pese a vencer en el litigio, se produce un efecto disuasorio inverso, pues se disuade a los consumidores de litigar para obtener la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas. La regla general del vencimiento en materia de costas establece 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. La sentencia recurrida, al no aplicar el principio del vencimiento objetivo en materia de costas, no obstante la estimación íntegra de la demanda, ha vulnerado los derechos que los demandantes ostentan como consumidores y ha infringido los arts. 8, b) y c) TRLCU, en los que se reconoce el derecho de los consumidores a ser protegidos de manera efectiva frente a las cláusulas abusivas, con completo resarcimiento de los perjuicios sufridos, a las que no pueden quedar vinculados por aplicación de los arts. 83 TRLCU y 6.1 Directiva 93/13. Solicitaron la condena del banco demandado al pago de las costas con el fin de restablecer la situación de hecho y de derecho que se habría dado de no haber existido las cláusulas abusivas, y que se aplicara el principio del vencimiento objetivo para proteger de manera efectiva el derecho de los demandantes.

4.- Los argumentos expuestos por el banco recurrido para oponerse a la admisión del recurso no pueden estimarse.

Es cierto que este tribunal ha declarado que quedan al margen del control casacional los pronunciamientos basados en la apreciación (o no apreciación) de circunstancias que sirven de excepción a la regla del vencimiento objetivo que se contiene en el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pero lo que en este recurso plantean los recurrentes no es si se han infringido los preceptos reguladores de la imposición de costas, en concreto el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino si se han infringido normas legales sustantivas que regulan la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas pues la decisión de la Audiencia Provincial en materia de costas infringe el principio de efectividad del Derecho de la Unión y el de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas.

5.- Tampoco se trata de una cuestión nueva, como pretende la parte recurrida, pues la infracción se habría producido en la sentencia de la Audiencia Provincial, por lo que los demandantes no pudieron plantearla en un momento anterior.

TERCERO.- *Decisión del tribunal: el pronunciamiento sobre costas en los litigios sobre cláusulas abusivas en caso de estimación total de la demanda con apreciación de serias dudas de derecho y la efectividad del Derecho de la UE*

1.- La regulación de las costas procesales en los litigios sobre cláusulas abusivas en contratos no negociados concertados con consumidores pertenece en principio a la esfera del principio de autonomía procesal de los Estados miembros. Por tal razón, la regulación de la imposición de las costas, que se contiene en los arts. 394 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no colisionará con el Derecho de la UE, y en concreto, con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero, si se respetan los principios de efectividad y equivalencia. Así lo ha declarado el TJUE con reiteración, en la última ocasión, en la sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, apartado 95.

2.- El respeto al principio de equivalencia no es relevante en la resolución de este recurso pues no se plantea que resulte infringido. Pero sí lo es el respeto al principio de efectividad del Derecho de la UE, que exige dar cumplimiento a otros dos principios: el de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas (art. 6.1 de la Directiva) y el del efecto disuasorio del uso de cláusulas abusivas en los contratos no negociados celebrados con los consumidores (art. 7.1 de la Directiva).

3.- La cuestión objeto del recurso se centra en decidir si, en los litigios sobre cláusulas abusivas, cuando la sentencia estima la demanda y declara el carácter abusivo de la cláusula, la aplicación de la excepción al principio de vencimiento objetivo por la concurrencia de serias dudas de derecho (art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), 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.

4.- La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 419/2017, de 4 de julio, aplicó el principio de efectividad del Derecho de la UE, y en concreto, de la Directiva 93/13/CEE, para excluir la aplicación de la excepción, basada en la existencia de serias dudas de derecho, al principio del vencimiento objetivo en materia de costas en los litigios sobre cláusulas abusivas en que la demanda del consumidor resultaba estimada.

5.- Declaramos en esa sentencia que, en los litigios sobre cláusulas abusivas, si en virtud de la excepción a la regla general del vencimiento por la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, el consumidor, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula 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, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se

disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas. Concluimos en esa sentencia que 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.

6.- En el presente caso, la resolución recurrida ha dispuesto que el consumidor, pese a ver estimada su demanda, cargue con parte de las costas devengadas en la primera instancia, al aplicar la excepción al principio del vencimiento objetivo en la imposición de costas por la existencia de serias dudas de derecho.

7.- Al resolver así, la resolución no respetó las exigencias derivadas de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y del principio de efectividad del Derecho de la UE, en los términos en que han sido interpretadas por nuestra sentencia 419/2017, de 4 de julio, cuyos principales argumentos han sido expuestos en párrafos anteriores, y, más recientemente, por la STJUE sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, por lo que infringió las normas invocadas en el recurso. Por tal razón, debemos revocar el pronunciamiento sobre costas de primera instancia contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial y sustituirlo por el de la condena al banco demandado al pago de tales costas procesales.

CUARTO.- Costas y depósito

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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 interpuesto por D.

y D.^a contra la sentencia 310/2018, de 10 de septiembre, dictada por la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 143/2018.

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo al pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia y, en su lugar, acordar condenar a Banco Santander S.A. al pago de las costas de primera instancia.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación.

4.º- Devolver a los recurrentes el depósito constituido para interponer el recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

descargado en www.asufin.com