

Versión anonimizada

C-35/22 - 1

Asunto C-35/22

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

17 de enero de 2022

Órgano jurisdiccional remitente:

Audiencia Provincial de Málaga (España)

Fecha de la resolución de remisión:

14 de diciembre de 2021

Parte recurrente:

Cajasur Banco, S. A.

Partes recurridas:

JO

IM

SECCION N.º 6 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE

MÁLAGA

[OMISSIS]

[OMISSIS] Identificación del órgano jurisdiccional remitente y de las partes y sus representantes]

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: *Por Sentencia de fecha 2 de marzo de 2020 dictada por el Juzgado de Primera Instancia 18 bis de Málaga en el procedimiento [OMISSIS] se resolvió conforme a los siguientes:*

ES

«En atención a lo expuesto, ESTIMO la demanda formulada por DOÑA IM Y DON JO [OMISSIS] en ACCIÓN DE NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN y RECLAMACIÓN DE CANTIDADES, contra la entidad CAJASUR BANCO, S. A., SOCIEDAD UNIPERSONAL, [OMISSIS] y en consecuencia acuerdo:

- DECLARO la NULIDAD de la “cláusula de gastos” contenida en la Escritura de PRÉSTAMO HIPOTECARIO que une a las partes —específicamente la cláusula quinta en cuanto a los gastos que recaen sobre la garantía hipotecaria—,
- CONDENO a la demandada a ABONAR a la parte demandante la CANTIDAD de 488,69 euros relativo a los conceptos de gastos de notaría (50 % de lo originariamente reclamado), gestoría (50 % de lo originariamente reclamado), 100 % de los gastos de registro, que no el impuesto de actos jurídicos documentados, todo ello en los términos expuestos, más los intereses legales del artículo 1.896 del Código Civil, esto es, desde la fecha de los pagos, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- CONDENO a la demandada a ELIMINAR la citada estipulación del contrato en los términos referidos.
- DECLARO la subsistencia, en lo demás, del contrato referido.
- CONDENO en COSTAS a la parte demandada.»

SEGUNDO: Interpuesto recurso de apelación frente a dicha sentencia quedó señalado para deliberación, votación y fallo para el día 8 de febrero de 2022.

TERCERO: El citado recurso de apelación se dirige exclusivamente al pronunciamiento del fallo de la sentencia referido a la imposición de costas a la parte demandada en aplicación del artículo 395 LEC-1/2000.

CUARTO: Con carácter previo se dio traslado a las partes para que se pronunciaran sobre la oportunidad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la vista de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo manifestada entre otras en STS, Civil sección 1 del 08 de junio de 2021 (ROJ: STS 2295/2021), STS de 22 de septiembre de 2021 — ROJ:STS 3421/2021 y STS de 22 de septiembre de 2021 — ROJ:STS 3413/2021.

QUINTO: [OMISSIS] [El órgano jurisdiccional remitente decide plantear la presente petición de decisión prejudicial]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Delimitación del objeto del recurso.

- 1 El presente procedimiento se basa en la nulidad declarada de una cláusula (cláusula de gastos) por abusividad recogida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria que une a las partes, siendo una de ellas (prestatario) consumidor y por lo tanto de aplicación la Directiva CEE 93/13 y la normativa española de protección y defensa de Consumidores y usuarios 1/2007 y LCGC-7/1998.
- 2 Planteada la demanda por el consumidor se produce el allanamiento por parte de la demandada si bien se partía de unas cuantías concretas que posteriormente fueron aceptadas. Es decir, se parte de un allanamiento a la abusividad pero no totalmente a las cuantías derivadas, como efecto, de dicha nulidad. La sentencia recoge ese allanamiento y esas cuantías a las que la demandada se habría allanado.
- 3 La Sentencia recurrida impuso, no obstante, las costas a la parte demandada entendiendo que aun a pesar del allanamiento se trataba de una estimación sustancial.
- 4 El artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, que rige el procedimiento en España, recoge lo siguiente:

Artículo 395. Condena en costas en caso de allanamiento.

1. Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado.

Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación.

2. Si el allanamiento se produjere tras la contestación a la demanda, se aplicará el apartado 1 del artículo anterior.

Segundo: Doctrina reciente del Tribunal Supremo en España.

- 5 En materia de allanamiento en temas concretos referidos a condiciones generales de la contratación con consumidores, el Tribunal Supremo español se ha pronunciado recientemente en las Sentencias siguientes: STS, Civil sección 1 del 08 de junio de 2021 (ROJ: STS 2295/2021), STS de 22 de septiembre de 2021 — ROJ:STS 3421/2021 y STS de 22 de septiembre de 2021 — ROJ: STS 3413/2021.
- 6 En la primera de ellas, de 8 de junio de 2021, se refiere a un supuesto de imposición de costas en caso de allanamiento cuando ha precedido un requerimiento al demandado (art. 395.1 del Código Civil) y se remite a la suya propia STS 131/2021, de 9 de marzo. Al interpretar el supuesto partiendo de un requerimiento previo hecho a la entidad financiera pero habiendo presentado demanda antes del transcurso del mismo y habiéndose allanado a la demanda la

entidad financiera posteriormente, considera que el artículo 395 LEC debe interpretarse en el sentido en que no hay mala fe de la demandada y por lo tanto no procede la imposición de costas a la misma.

- 7 En la segunda sentencia del 22 de septiembre de 2021 se expone la doctrina aplicable al supuesto del artículo 395 de la misma forma que en las otras que estamos viendo:

«Como hemos dicho en nuestra sentencia 131/2021, de 9 de marzo, una de las finalidades del precepto transcrito es fomentar la solución extrajudicial a los conflictos. Se incentiva al potencial demandante a buscar una solución al conflicto sin acudir a los tribunales, de modo que cuando ha intentado solucionar extrajudicialmente el conflicto antes de interponer la demanda, y no ha obtenido una respuesta satisfactoria a su pretensión, si aquel con quien mantiene el conflicto se allana a la demanda, se considerará que este ha actuado de mala fe y se le impondrán las costas. Y, al contrario, si se interpone la demanda sin haber intentado previamente una solución extrajudicial mediante la práctica de un “requerimiento fehaciente y justificado”, el inicio de un procedimiento de mediación o la presentación de una solicitud de conciliación, se corre el riesgo de tener que cargar con las propias costas si el demandado se allana a la demanda antes de contestarla, puesto que para fomentar el allanamiento (que acelera la solución de los conflictos y libera a la administración de justicia de dedicar sus recursos a litigios que no los necesitan), la ley exime de la condena al pago de las costas al demandado que se allana sin que concurra en él mala fe. De este modo, también se incentiva al potencial demandado a solucionar extrajudicialmente el litigio, pues si no atiende el requerimiento extrajudicial que le realice el futuro demandante y este se ve compelido a interponer una demanda ante los tribunales de justicia, en caso de que el demandado se allane a la demanda, se le impondrán las costas por considerarse que ha actuado de mala fe. 4.- El art. 395.1 Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable por razones temporales, no es contrario al Derecho de la UE, incluso cuando se aplica en litigios sobre cláusulas abusivas. El principio de protección del consumidor, que tiene como una de sus facetas el de la efectividad de la protección frente a las cláusulas abusivas que resulta de la Directiva 93/13/CEE, ha de cohonestarse con otros principios del Derecho de la UE, como es el de garantizar la buena administración de justicia, indispensable para la efectividad del principio de Estado de Derecho que constituye uno de los pilares del ordenamiento jurídico de la UE. 5.- Una de las facetas de este principio de buena administración de justicia consiste en procurar que los medios de los tribunales, siempre limitados, se utilicen para resolver aquellos asuntos que exijan ineludiblemente una solución judicial, porque no sea posible encontrar una solución extrajudicial. De este modo, asuntos que pueden ser solucionados fuera de los tribunales no consumirán el tiempo y los recursos que deben dedicarse a aquellos otros en los que es indispensable la intervención del poder judicial. 6.- Esto, por otra parte, beneficia también al consumidor puesto que litigar es una forma lenta, cara y no exenta de riesgos (la pérdida de un plazo, la preclusión de un trámite, etc.) de resolver los conflictos en que se ve envuelto. 7.- Estas razones explican la apuesta decidida de la UE por el fomento de las soluciones

extrajudiciales a los litigios, también en materia de consumo, que se plasma en normas tales como el Reglamento (UE) n.º 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, o la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, también de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.»

- 8 Es en esta en la que se explica claramente que si se interpone la demanda sin haber intentado previamente una solución extrajudicial mediante la práctica de un «requerimiento fehaciente y justificado», el inicio de un procedimiento de mediación o la presentación de una solicitud de conciliación, se corre el riesgo de tener que cargar con las propias costas si el demandado se allana a la demanda antes de contestarla. Es decir que la imposición de costas en un procedimiento vendrá determinada, en caso de allanamiento, según lo siguiente: 1. Si se requirió al banco y este no contestó, en caso de demanda podrían imponerse al mismo las costas del procedimiento de reclamación. 2. Si se requirió al banco pero no se dio tiempo suficiente para que contestara, entonces no se impondrán las costas del procedimiento posterior de reclamación. 3. Si no se requirió al banco y se presenta directamente demanda entonces no se impondrán las costas de ese procedimiento de reclamación si el banco se allana.
- 9 La tercera de las sentencias citadas consolida el sistema que hemos referido.

Tercero: Valoración de la Sala y cuestiones a plantear.

- 10 De conformidad a todo lo anterior resultaría que la doctrina consolidada del Tribunal Supremo español ha sido la de la imposición de costas a la parte demandada (entidad financiera) en supuestos de condiciones generales de la contratación partiendo de la existencia o no de una previa reclamación judicial a dicha entidad. Así si ha existido una reclamación previa y no se da solución por la entidad financiera y posteriormente se reclama judicialmente, procederá la imposición de costas aunque exista un allanamiento de la entidad financiera. Pero si no ha habido una reclamación previa y tras el procedimiento judicial la entidad financiera se allana a la demanda, no habrá imposición de costas a la misma por no haber existido mala fe.
- 11 Lo anterior pudiera afectar en primer lugar al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000/C-364/01) al determinar el derecho a reclamar y el resarcimiento pleno de forma condicionada a una actuación anterior extrajudicial obligatoria. Así para que el consumidor pueda resultar plenamente resarcido deberá necesariamente realizar una actuación previa extrajudicial sin poder acudir directamente a un procedimiento judicial puesto que en caso de allanamiento no será resarcido en los gastos del mismo, aun a pesar de estar tratando con cláusulas abusivas que no tienen carácter vinculante. Tal y como se ha señalado por el TJUE (Asunto C-243/08, Pannon GSM, apartado 28), el carácter no vinculante no puede depender de si o de cuándo un consumidor planteó el carácter abusivo de una

cláusula contractual determinada o impugnó su validez, como confirmó el Tribunal al declarar que «[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula».

- 12 De igual forma la interpretación dada podría afectar al derecho a un resarcimiento pleno al consumidor, pues le obliga necesariamente a tener que plantear un requerimiento previo judicial para asegurar que ello es así (art. 6.1 Directiva CEE 93/13). En la STS citada de 8 de junio de 2021 se afirma lo siguiente: «La exigencia de que el consumidor haya realizado previamente un requerimiento extrajudicial en términos y plazos tales que permitan al requerido dar una respuesta satisfactoria para que, en caso de que el demandado se allane a la demanda, el consumidor no tenga que correr con sus propias costas, no supone un obstáculo desproporcionado a la efectividad de la Directiva 93/13/CEE y, en concreto, a que el consumidor pueda quedar desvinculado de la cláusula abusiva sin tener que afrontar los gastos de su abogado y su procurador, pues no hace imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva confiere al consumidor, al ser una exigencia fácil de cumplir».
- 13 Incide en lo anterior el hecho de que la cláusula analizada fue declarada nula ya por STS de 23 de diciembre de 2015, y aun cuando las consecuencias de tal nulidad se han ido definiendo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al menos en parte la doctrina ha sido constante desde hace ya varios años (por ejemplo, que el banco debía asumir la totalidad de los gastos de inscripción registral y la mitad de los honorarios del Notario) de las consecuencias de tal nulidad. Frente a ello la actitud de las entidades prestamistas no se encamina a resarcir al consumidor ante una cláusula que se sabe nula sino esperar la presentación de la demanda por este (con el consiguiente abono de los emolumentos de su abogado y su procurador) y allanarse con la consecuencia de no tener que abonar las costas del procedimiento ante la ausencia de requerimiento previo. Así una vez más iría contra el principio de resarcimiento pleno que la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 establecía «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.»
- 14 Aclarar que, conforme a la norma de Derecho interno, artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes expresado, se entenderá que existe mala fe si, antes de presentada la demanda, se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago; pero eso no implica que la mala fe se pueda producir por otras actitudes del demandado como sería la de conocer la abusividad de una cláusula y no adoptar una conducta proactiva para eliminar sus

consecuencias y satisfacer al consumidor, a la espera de ser demandado por este y en el conocimiento de que a falta de requerimiento extrajudicial no deberá satisfacer las costas procesales. O incluso esperar a que se produzca el requerimiento extrajudicial para restablecer la situación de abuso provocado por una cláusula que se sabe nula.

15 [OMISSIS]

[OMISSIS] [Transcripción literal de las cuestiones prejudiciales que figuran *infra*]

DECIDIMOS PRESENTAR CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA planteando las siguientes cuestiones:

1.º. ¿Es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva y al artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, exigir del consumidor que, previamente al procedimiento judicial, haya formulado una reclamación extrajudicial previa para que la declaración de nulidad por abusividad de una determinada condición general de la contratación dé lugar a todos los efectos resarcitorios (incluidos los gastos del procedimiento judicial) propios de dicha nulidad, al amparo del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores?

2.º. ¿Cumple con el derecho a pleno resarcimiento y efectividad del derecho de la Unión Europea y del artículo 6.1 de la citada Directiva, que se determine un criterio de imposición de costas (gastos judiciales incluidos) dependiendo de la existencia de una reclamación extrajudicial previa realizada por el consumidor a la entidad financiera para la eliminación de dicha cláusula?

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Suspensión del procedimiento nacional y fórmulas procesales finales]