

EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL PARA LA RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES PAGADAS EN APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO

El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo

Jesús Conde Fuentes

Profesor Doctor de Derecho Procesal
Universidad de Extremadura

TITLE: *The extrajudicial procedure to claim amounts unduly paid in application of the ground clauses*

RESUMEN: El objetivo de nuestro trabajo consiste en analizar el procedimiento extrajudicial que ha establecido el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, para reclamar las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, con la intención de identificar todas aquellas cuestiones controvertidas relacionadas con su aplicación práctica.

ABSTRACT: *The aim of our paper is to analyze the extrajudicial procedure established by Royal Decree-Law 1/2017, of January 20, to claim amounts unduly paid in application of the ground clauses, with the intention of identifying all those controversial issues related to its practical application.*

PALABRAS CLAVE: consumidores; deudor hipotecario; cláusulas suelo; reclamación extrajudicial.

KEY WORDS: *consumers; mortgager; ground clauses; extrajudicial claim.*

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2.1. *Ámbito objetivo*. 2.2. *Ámbito subjetivo*. 3. EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE RECLAMACIÓN PREVIA. 3.1. *La implantación del sistema de reclamación previa*. 3.2. *Inicio del procedimiento y efectos*. 3.3. *Propuesta de acuerdo y devolución de la cantidad ofrecida*. 3.4. *Conclusión del procedimiento sin acuerdo*. 3.5. *Régimen en materia de costas*. 4. SOLUCIONES ALTERNATIVAS AL PAGO EN EFECTIVO. 5. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y HABILITACIÓN NORMATIVA.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016¹ ha vuelto a poner en evidencia nuestra legislación interna sobre protección de los consumidores al establecer que la declaración de nulidad de las denominadas cláusulas suelo debe provocar efectos restitutorios *ex tunc*, de modo que la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en tal concepto tiene que producirse desde la fecha de la firma del contrato de préstamo hipotecario. De este modo, la mencionada resolución se ha encargado de aclarar que los efectos económicos que estableció la

¹ STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016/309).

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013² sobre este mismo asunto no se limitan a esta última fecha –del 9 de mayo de 2013 en adelante–, sino a toda la vida del préstamo hipotecario. Efectivamente, la Sentencia del Tribunal de Justicia declara que:

«...una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) — relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071), sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89), Aziz, C-415/11, EU: C: 2013:164, apartado 60). En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088), puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión...».

Los anteriores pronunciamientos constituyen una verdadera esperanza para que todos aquellos consumidores afectados por la cláusula suelo puedan reclamar ante los tribunales las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de la misma, con independencia de la fecha de su abono (retroactividad total). Esta posibilidad ha suscitado cierto nerviosismo entre los distintos poderes públicos ante la previsión de una proliferación de demandas judiciales que colapsaría, aún más, los Juzgados y Tribunales. Por todo ello, el Gobierno se ha visto obligado a prever un mecanismo que permita agilizar al máximo estas reclamaciones, habiéndose aprobado el *Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo* (en adelante RD-ley 1/2017)^{3,4}.

² STS (Sala de lo Civil), de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/3088).

³ Publicado en el BOE nº 18 de 21 de enero de 2017, habiendo entrado en vigor el día siguiente de su publicación, esto es, el 22 de enero del presente (v. DF 4ª).

⁴ De nuevo, el poder ejecutivo *abusa* [la cursiva es nuestra] de un instrumento normativo excepcional, como es el decreto-ley, para legislar por vía de urgencia. Es cierto que aún nos encontramos inmersos en una crisis que parece convertirse en estructural y duradera, pero no creemos que cualquier situación pueda ser calificada como de «extraordinaria y urgente necesidad» para justificar la utilización de este mecanismo que cercena cualquier debate en sede parlamentaria.

Según el Preámbulo (I) del RD-ley 1/2017, el objeto de la norma no es otro que el establecimiento de un cauce extrajudicial que facilite a los consumidores la posibilidad de llegar a acuerdos con las entidades de crédito para la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de *determinadas* cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria «que solucionen las controversias que se pudieran suscitar como consecuencia de los últimos pronunciamientos judiciales en materia de cláusulas suelo y, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016». A mayor abundamiento, tras la promulgación y entrada en vigor del RD-ley 1/2017, se ha producido un hecho que el propio legislador y el resto de operadores jurídicos ya intuían, y es que tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se esperaba la reacción de nuestro Tribunal Supremo en el sentido de adaptar su jurisprudencia a dicha resolución. Efectivamente, el Pleno de la Sala de lo Civil, tras la resolución de un recurso de casación planteado por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, ha dictado sentencia de 24 de febrero de 2017 por la que se acuerda la retroactividad total de la nulidad de las cláusulas suelo⁵.

Partiendo de las consideraciones anteriores, el objetivo de nuestro trabajo consiste en analizar el procedimiento extrajudicial que ha establecido el RD-ley 1/2017 para reclamar las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, con la intención de identificar todas aquellas cuestiones controvertidas relacionadas con su aplicación práctica. Este análisis nos servirá para comprobar el verdadero alcance de la norma, es decir, si se ha creado un mecanismo eficaz que protege a los consumidores en la negociación extrajudicial con las entidades financieras, o si se trata –una vez más– de una norma estéril que sólo sirve para la «foto».

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

2.1. *Ámbito objetivo*

El ámbito objetivo establecido por el RD-ley 1/2017 se ciñe a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria que incluyan una cláusula suelo (art. 2.1). Al respecto, la norma se encarga de aclarar qué se entiende por cláusula suelo: «cualquier estipulación incluida en un contrato de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria a tipo variable, o para el tramo variable de otro tipo de préstamo, que limite a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato» (art. 2.3). En este sentido, hemos de advertir que la delimitación del ámbito objetivo que efectúa el RD-

⁵ STS (Sala de lo Civil, Pleno), de 24 de febrero de 2017 (Id. Cendoj: 28079119912017100004). En la misma, el Tribunal Supremo ha resuelto desestimar el recurso de casación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que, tras declarar la nulidad de la cláusula suelo, concedía efectos restitutorios desde la fecha de suscripción del préstamo hipotecario, rechazando el planteamiento de cuestiones prejudiciales sugeridas por la parte recurrente. Por lo tanto, la sentencia adapta así la jurisprudencia de la Sala Primera a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (asunto Gutiérrez Naranjo).

ley 1/2017 no es correcta por cuanto lo extiende a cualquier cláusula suelo, haya sido declarada abusiva o no. Las cláusulas suelo, por sí mismas, no son abusivas, pues para que sean declaradas como tales han de cumplir con los parámetros que estableció el Tribunal Supremo en la sentencia, ya citada, de 9 de mayo de 2013 y en la de 25 de marzo de 2015⁶ que confirmaba la anterior. De este modo, no todas las cantidades pagadas en concepto de cláusulas suelo son reclamables, por ser válida su utilización, siempre y cuando, se respeten los requisitos de transparencia e información⁷. Por tanto, el ámbito objetivo de aplicación del RD-ley 1/2017 ha de ceñirse a aquellas cláusulas suelo que puedan ser calificadas de abusivas⁸.

No obstante, nos encontramos con otro problema adicional que es el de determinar qué entidades financieras incluyeron en sus contratos de préstamo hipotecario cláusulas suelo que puedan considerarse como abusivas, puesto que algunas de ellas han declarado que las cláusulas suelo insertas en sus contratos cumplen con el control de transparencia fijado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013^{9,10}. Al respecto, nos situamos del lado de aquellos que consideran que el legislador ha desaprovechado, deliberadamente o no, una oportunidad para legislar en favor del consumidor, declarando la nulidad radical de la cláusula suelo. Con las previsiones contenidas en el RD-ley 1/2017 se deja abierta la posibilidad legal a las entidades financieras de seguir discutiendo en juicio la bondad jurídica de sus

⁶ STS (Sala de lo Civil), de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015/735).

⁷ ADAN DOMENECH, F., «Política legislativa de escaparate. Los errores del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», *Revista de Derecho vLex*, nº. 152, 2017, p. 3.

⁸ El Preámbulo (III) del RD-ley 1/2017 recoge las características propias de las cláusulas abusivas: «*la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo; su eventual ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor; la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; y la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad*».

⁹ En este sentido, GARCÍA SÁNCHEZ, I. y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «Comentarios al Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», *Revista de Derecho vLex*, nº. 152, 2017, p. 2.

¹⁰ El Banco Sabadell ha sido tajante al insistir en que sus cláusulas suelo son perfectamente válidas y que ha actuado de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, en el sentido de haber informado debidamente a sus clientes «de forma clara y transparente» sobre este condicionante. Otras entidades como CaixaBank o el Banco Bilbao Vizcaya, han señalado que no todos los clientes tendrán derecho a devolución, sino «solo los que cumplan los requisitos que recoge el decreto y tengan una cláusula que sea abusiva», de modo que analizarán caso por caso. Fuente: <http://www.finanzas.com/noticias/vivienda/20170203/clausula-suelo-actuara-banco-3561370.html>, en noticia de 3 de febrero de 2017 [consulta de 10 de marzo de 2017].

estipulaciones contractuales en base a que sus concretas cláusulas sí habrían sido negociadas y sí serían transparentes¹¹.

2.2. *Ámbito subjetivo*

Los legitimados para solicitar el procedimiento extrajudicial previsto en el RD-ley 1/2017 son todos aquellos *consumidores* que sean prestatarios de alguno de los contratos que conforman el ámbito objetivo de la citada norma (art. 2.1). Del mismo modo, la norma aclara que la condición de consumidor tan solo será predicable de aquellas *personas físicas* que reúnan los requisitos previstos en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (art. 2.2). Estas previsiones son contradictorias con el propio artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al que se hace referencia, pues éste precepto no solo califica de consumidores a las *personas físicas* sino también a las *personas jurídicas* y a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial (cfr. art. 3-II TRLGDCU).

Como puede comprobarse, esta omisión es contraria a la normativa estatal mencionada, aunque también a ciertas resoluciones judiciales. Y es que nuestros tribunales han entendido que para «poder considerar tanto a una persona física como jurídica como consumidor o como profesional deberá estarse al acto o negocio jurídico concertado, y la finalidad del mismo»¹². Por lo tanto, autores como Adán Domenech han señalado que el RD-ley 1/2017 también debería haber otorgado, en determinados casos, legitimación a las personas jurídicas para incoar la reclamación extrajudicial^{13,14}.

¹¹ Al respecto, VILAPLANA RUÍZ, J., «Espejismos normativos: apuntes críticos al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», *Diario La Ley*, nº. 8928, de 23 de febrero de 2017, p. 3.

¹² En este sentido, v. AAP de Girona (Sección Primera), de 29 de junio de 2016 (Id. Cendoj: 17079370012016200069). La resolución considera, en el marco de una oposición a una ejecución hipotecaria, «que el hecho de que la finca hipotecada sea un local comercial no excluye que el adquirente del local o el prestatario del importe destinado a la financiación de su adquisición no pueda ser considerado consumidor, lo mismo que puede quedar excluida de la protección de la Ley la hipoteca de la vivienda habitual del administrador de una sociedad, que lo hace para garantizar un préstamo a tal sociedad. No existe, como es obvio, ningún impedimento para que cualquier consumidor adquiera un local comercial o varios, o diversas viviendas (que no sean su vivienda habitual) con la finalidad de invertir total o parcialmente sus ahorros o sin invertir sus ahorros, lo adquiere con la correspondiente financiación valorando que con sus ingresos y con la explotación de dichos bienes pueda ir satisfaciendo los préstamos concedidos, de tal forma que, en vez de invertir en valores mobiliarios (cuentas de ahorro, fondos de inversión, acciones, etc.), invierte en inmuebles. En estos casos actúan como consumidores y, por lo tanto, deben ser tratados como tales».

¹³ ADAN DOMENECH, F., «Política legislativa de escaparate. Los errores del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», op. cit. p. 3.

¹⁴ En este sentido, la SAP de Barcelona (Sección Decimotercera), de 30 de septiembre de 2015 (JUR 2015/281617), apuesta decididamente porque se puede anular una cláusula suelo cuando el cliente es un profesional o persona jurídica y ha concertado el préstamo hipotecario para fines comerciales.

3. EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE RECLAMACIÓN PREVIA

3.1. *La implantación del sistema de reclamación previa*

La Disposición Adicional Primera del RD-ley 1/2017 obliga a las entidades financieras a poner en marcha, en el plazo máximo de un mes, las medidas necesarias para dar cumplimiento al procedimiento extrajudicial establecido. De este modo, desde el 21 de febrero de 2017 las entidades financieras deben haber puesto a disposición de sus clientes, en todas las oficinas abiertas al público, así como en sus páginas web, la información que se detalla en el apartado segundo de la Disposición Adicional Primera, relacionada con la efectiva ejecución del RD-ley 1/2017^{15,16}.

Por su parte, el artículo 3.1 del RD-ley 1/2017 señala que «las entidades de crédito deberán garantizar que ese sistema de reclamación es conocido por todos los consumidores que tuvieran incluida cláusula suelo en su préstamo hipotecario». La literalidad del precepto deja en el aire el sistema de publicidad que puedan utilizar las entidades financieras para dar a conocer el procedimiento de devolución, que puede oscilar entre el anuncio en la web corporativa o el envío de una carta certificada al domicilio del consumidor. De hecho, ya hemos visto cómo la Disposición Adicional Primera exige publicitar el procedimiento de devolución en la página web de las entidades financieras. Sea como fuere, creemos que ésta última forma de publicidad será la más utilizada por las entidades financieras en detrimento de la comunicación postal que sí asegura el éxito en el conocimiento por parte de los consumidores del procedimiento de devolución de las cláusulas suelo¹⁷.

¹⁵ Disposición adicional primera. Régimen de adaptación de las entidades de crédito:

«2. Las entidades deberán disponer de un departamento o servicio especializado que tenga por objeto atender las reclamaciones presentadas en el ámbito de este real decreto-ley, y deberán poner a disposición de sus clientes, en todas las oficinas abiertas al público, así como en sus páginas web, la información siguiente:

a) La existencia del departamento o servicio, con indicación de su dirección postal y electrónica, encargado de la resolución de las reclamaciones.

b) La obligación por parte de la entidad de atender y resolver las reclamaciones presentadas por sus clientes, en el plazo de tres meses desde su presentación en el departamento o servicio correspondiente.

c) Referencias a la normativa de transparencia y protección del cliente de servicios financieros.

d) La existencia de este procedimiento, con una descripción concreta de su contenido, y la posibilidad de acogerse a él para aquellos clientes que tengan las cláusulas suelo a que se refiere este real decreto-ley incluidas en sus contratos».

¹⁶ No obstante, con anterioridad al plazo de un mes establecido en el RD-ley 1/2017, algunas entidades financieras, como Bankia, ya habían puesto a disposición de sus clientes toda la información relacionada con el procedimiento de devolución de las cláusulas suelo. Disponible en internet: <http://www.bankia.com/es/clientes/proceso-devolucion-clausula-suelo/> [consulta de 10 de marzo de 2017].

¹⁷ Así, ADAN DOMENECH, F., «Política legislativa de escaparate. Los errores del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», op. cit. p. 4.

Partiendo de las consideraciones anteriores, podemos comprobar cómo el procedimiento de devolución de las cláusulas suelo ideado por el RD-ley 1/2017 carece, casi por completo, de unas reglas o principios mínimos, limitándose a señalar que «las entidades de crédito deberán implantar un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales» (art. 3.1 *in limine*). A nuestro juicio, dicha carencia produce una situación de desigualdad entre los consumidores reclamantes y las entidades financieras. En primer lugar, porque el «sistema de reclamación previa» vendrá impuesto por cada una de las entidades financieras, por lo que cada una de ellas establecerá las pautas que a su derecho o interés convengan. Y en segundo lugar, porque no se ha previsto la intervención de un tercero imparcial que equilibre la negociación entre el consumidor y la entidad financiera, de modo que éste no tendrá otra salida que aceptar o rechazar la oferta unilateral que le formule aquella. Por estas razones, Sánchez Álvarez se ha preguntado si queda verdaderamente asegurada la eficacia de este mecanismo sin un tercero intermediario que analice y medie para que se alcance un acuerdo justo, tras la revisión imparcial del caso concreto¹⁸. A nuestro juicio, la respuesta es negativa.

Nos encontramos, por tanto, ante un mecanismo extrajudicial de una clase distinta – *alter genus*– a cualquiera de los medios alternativos de resolución de conflictos que encontramos regulados en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, no se trata de una conciliación, tal cual se prevé en los artículos 19 y siguientes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. En segundo lugar, no es mediación de la regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Por último, tampoco es un arbitraje que en la actualidad se regula en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje; ni siquiera puede encuadrarse en un arbitraje de consumo regulado en el Real Decreto 2031/2008, de 15 de febrero, puesto que también falta la figura del árbitro.

3.2. Inicio del procedimiento y efectos

El procedimiento se inicia con la *reclamación* (sic) que formule el consumidor y que dirigirá a la entidad financiera con la que tenga suscrito el contrato de préstamo hipotecario (v. art. 3.1 y 2)¹⁹. Según el Preámbulo (III) del RD-ley 1/2017, la reclamación extrajudicial tendrá carácter *voluntario* para el consumidor, de modo que si éste lo estima oportuno podrá acudir directamente a los tribunales para solicitar la restitución de las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de las cláusulas suelo. No

¹⁸ En este sentido, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E., «Algunas consideraciones respecto al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», *Diario La Ley*, nº. 8924, de 17 de febrero de 2017, p. 8.

¹⁹ La posibilidad de que los consumidores presenten sus reclamaciones es factible desde la entrada en vigor del RD-ley 1/2017, esto es, desde el 22 de enero de 2017 (cfr. Disposición Adicional Primera). No obstante, parece lógico que se aguarde a la definitiva puesta en marcha del sistema de reclamación previa por parte de las entidades financieras (21 de febrero de 2017) para que los consumidores hagan efectivas sus reclamaciones, pues mientras tanto quedarían en suspenso.

obstante, una vez formulada la reclamación por el consumidor la entidad financiera estará obligada a acogerse al procedimiento extrajudicial para intentar llegar a un acuerdo y resolver la reclamación presentada (cfr. art. 3.2 *in limine* y Preámbulo III). Junto a lo anterior, se ha previsto que el procedimiento tenga carácter *gratuito* entre la entidad financiera y el consumidor (Disposición Adicional Tercera)²⁰.

En relación con los efectos, el RD-ley 1/2017 ha dispuesto que, una vez que se haya presentado la reclamación, las partes no podrán ejercitar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial relacionada con el objeto de la misma mientras que se esté sustanciando el procedimiento (art. 3.6 *in limine*). No obstante, si se interpusiera demanda con anterioridad a la finalización del procedimiento y con el mismo objeto que la reclamación, se suspenderá el proceso judicial hasta que se resuelva la reclamación previa planteada (art. 3.6 *in fine*).

Por su parte, la Disposición Transitoria Única del RD-ley 1/2017 dispone que en los procedimientos judiciales que se hallen en curso a su entrada en vigor en los que se dirima una pretensión incluida en su ámbito de aplicación, ejercida por uno o varios consumidores frente a una entidad financiera, las partes de común acuerdo podrán someterse al procedimiento extrajudicial que estamos analizando, solicitando la suspensión del proceso judicial conforme a lo previsto –se entiende– en el artículo 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²¹.

A raíz de las consideraciones anteriores, se plantean dos cuestiones de indudable trascendencia práctica. En primer lugar, qué pueden hacer aquellos consumidores que, tras la entrada en vigor del RD-ley 1/2017, ya hayan llegado a un acuerdo extrajudicial con la entidad financiera para la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de la cláusula suelo. Y en segundo lugar, en qué situación se encuentran aquellos otros consumidores que hubiesen iniciado un proceso judicial para la reclamación de dichas cantidades y éste ya hubiese terminado mediante resolución judicial firme. En ambos casos, el consumidor no se ha visto beneficiado por los efectos retroactivos *ex tunc* de la cláusula suelo declarada abusiva.

²⁰ El procedimiento no será gratuito para el consumidor si intervienen otros profesionales que le asesoren cuando reciba, por ejemplo, el cálculo de la cantidad a devolver por parte de la entidad financiera. Si bien el RD-ley 1/2017 no prevé la intervención preceptiva de ningún profesional que asesore al consumidor en la negociación con la entidad financiera, nada impide que éste recurra a los servicios profesionales de alguno de ellos en aras a comprobar la exactitud del cálculo efectuado por la entidad.

²¹ La remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de completarse con las previsiones del artículo 179.2 relativo a la suspensión del proceso por acuerdo de las partes:

«El curso del procedimiento se podrá suspender de conformidad con lo que se establece en el apartado 4 del artículo 19 de la presente ley, y se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes. Si, transcurrido el plazo por el que se acordó la suspensión, nadie pidiere, en los cinco días siguientes, la reanudación del proceso, el letrado de la administración de justicia acordará archivar provisionalmente los autos y permanecerán en tal situación mientras no se solicite la continuación del proceso o se produzca la caducidad de la instancia».

Respecto de los acuerdos extrajudiciales alcanzados entre el consumidor y la entidad financiera –incluidos los homologados judicialmente–, encontramos autores que sostienen que el error en la causa puede determinar la nulidad del pacto o negocio alcanzado²².

En cuanto a los procesos judiciales ya finalizados mediante resolución judicial firme, creemos que concurrirá el efecto de cosa juzgada material en una serie de supuestos. Por un lado, cuando se hubiera iniciado un proceso judicial anterior, terminado por sentencia firme, en que en la demanda sólo se hubiera pedido la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013. En este supuesto, no es posible reclamar a la entidad financiera la cantidad restante en base a la regla de preclusión prevista en el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que la cosa juzgada abarca no sólo lo alegado sino también lo que se puede alegar y no se alegó²³. Por otro lado, podemos encontrarnos con un proceso judicial, terminado por sentencia firme, en el que en la demanda se hubiera reclamado la restitución de todas las cantidades indebidamente abonadas por aplicación de la cláusula suelo, pero sólo se hubiera reconocido el derecho de devolución desde el 9 de mayo de 2013. En este caso, también entra en juego el efecto de cosa juzgada material sin que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda dar lugar a una revisión, pues no encuentra acomodo entre los motivos de revisión de sentencias firmes que recoge el artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁴.

3.3. Propuesta de acuerdo y devolución de la cantidad ofrecida

Señala el RD-ley 1/2017 que una vez que la entidad financiera ha recibido la reclamación debe efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitirle una comunicación al consumidor desglosando dicho cálculo; donde se deberá incluir necesariamente las cantidades que correspondan en concepto de intereses (art. 3.2)²⁵. A continuación es el turno del consumidor, que debe manifestar si está de acuerdo o

²² Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, I. y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «Comentarios al Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», op. cit. p. 3.

²³ Recordemos el tenor literal del artículo 400.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

«1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior».

²⁴ En este sentido, ACHÓN BRUÑÉN, M^a. J., «Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero: supuestos en que va a ser necesario acudir a los Tribunales para recuperar todas las cantidades indebidamente abonadas por la cláusula suelo», *Diario La Ley*, nº. 8907, de 24 de enero de 2017, p. 7. La autora recoge, además, otros supuestos relacionados con un proceso de ejecución hipotecaria donde también opera el efecto de cosa juzgada material.

²⁵ Sin embargo, la norma no aclara de modo expreso si ha de incluirse también el interés legal de demora a favor del consumidor; hecho que generará numerosas discrepancias respecto de las cantidades ofrecidas y las presuntamente aceptables.

no con el cálculo efectuado por la entidad financiera (art. 3.3 *in limine*)²⁶. Al respecto, nótese que el legislador presupone que todos los consumidores tienen los conocimientos jurídicos y económicos necesarios para comprender el desglose de partidas que conforman la liquidación que efectúa unilateralmente la entidad financiera. No siendo esto así, el consumidor tiene dos posibles salidas. Una primera, donde en un auténtico «acto de fe» asume sin más la cantidad ofrecida por la entidad financiera y se procede a la devolución de la misma. Y una segunda, en la que recurre a los servicios de un profesional especializado en la materia, por no estar de acuerdo con el cálculo efectuado, viéndose abocado entonces a acudir a los tribunales para discutir la cantidad a devolver (v. art. 3.4 c)). Ante este panorama, consideramos que, desde el punto de vista del consumidor, el RD-ley 1/2017 no cambia en nada la situación anterior a su promulgación, puesto que no aporta ningún avance en la protección de los consumidores en materia de cláusulas suelo.

El RD-ley 1/2017 dispone que si el consumidor acepta el cálculo la entidad financiera realizará la devolución del efectivo en los términos que acuerde con éste (art. 3.3 *in fine*). La norma fija como plazo máximo para que el consumidor y la entidad lleguen a un acuerdo y, además, se ponga a disposición del primero la cantidad a devolver, el de tres meses a contar desde que el consumidor presente su reclamación (art. 3.4)²⁷. Las entidades financieras también informarán a los consumidores de que las devoluciones acordadas pueden generar obligaciones tributarias, a la vez que comunicarán a la Agencia Tributaria la información relativa a las devoluciones acordadas (art. 3.5). Por último, la Disposición Adicional Tercera dispone que «la formalización de la escritura pública y la inscripción registral que, en su caso, pudiera derivarse del acuerdo entre la entidad financiera y el consumidor devengará exclusivamente los derechos arancelarios notariales y registrales correspondientes, de manera respectiva, a un documento sin cuantía y a una inscripción mínima, cualquiera que sea la base». Esta previsión, a primera vista bien intencionada, entra en contradicción con la propia disposición adicional recién citada en la que también se afirma, como ya vimos anteriormente, que el «procedimiento de reclamación extrajudicial tendrá carácter gratuito».

²⁶ El RD-ley 1/2017 también omite el plazo que tiene el consumidor para manifestar si acepta o rechaza la propuesta presentada por la entidad de crédito.

²⁷ En este sentido, el apartado tercero de la Disposición Adicional Primera del RD-ley 1/2017 señala que «el plazo de tres meses previsto en el artículo 3.4 no comenzará a contar hasta la efectiva adopción de las medidas necesarias para su cumplimiento, o haya transcurrido un mes sin que la entidad hubiera puesto en marcha el departamento correspondiente».

3.4. Conclusión del procedimiento sin acuerdo

El RD-ley 1/2017 ha previsto cuatro supuestos en los que se entenderá que el procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo (art. 3.4), de modo que al consumidor sólo le quedará acudir a la vía judicial para reclamar la restitución de las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de las cláusulas suelo.

En primer lugar, si la entidad de crédito rechaza expresamente la solicitud del consumidor (art. 3.4 a)). En este caso, la entidad financiera no efectúa un cálculo de la cantidad a devolver por considerar improcedente la reclamación. No obstante, en estos casos la norma obliga a las entidades a comunicar las razones en que motiva su decisión (art. 3.2 *in fine*).

En segundo lugar, si finaliza el plazo de tres meses sin comunicación alguna por parte de la entidad de crédito al consumidor reclamante (art. 3.4 b)). Esta postura de la entidad financiera obliga al consumidor a acudir a los tribunales, si bien no podrá hacerlo hasta que termine el procedimiento extrajudicial, es decir, tres meses después. De nuevo, podemos constatar como las previsiones del RD-ley 1/2017 benefician a las entidades financieras al obligar a los consumidores a acudir a los tribunales y, si resultan condenadas, pagar, en su caso, más tarde²⁸.

En tercer lugar, si el consumidor no está de acuerdo con el cálculo de la cantidad a devolver efectuado por la entidad de crédito o rechaza la cantidad ofrecida (art. 3.4 c)). En este caso, la responsabilidad se traslada al consumidor, que tendrá que acudir a los tribunales con el debido asesoramiento de un profesional en la materia para discutir la cantidad a devolver.

En cuarto lugar, si transcurrido el plazo de tres meses no se ha puesto a disposición del consumidor de modo efectivo la cantidad ofrecida (art. 3.4 d)). Creemos que se trata de un supuesto excepcional, pues si la entidad financiera ha efectuado el cálculo y el consumidor está de acuerdo con el mismo, sólo cabe pensar en una actuación indebida o malintencionada por parte de la entidad.

Finalmente, Adán Domenech considera que el legislador ha olvidado un último supuesto de finalización, el cual se concretaría en el silencio del consumidor ante la presentación del cálculo por parte de la entidad financiera²⁹.

²⁸ En este sentido, VILAPLANA RUÍZ, J., «Espejismos normativos: apuntes críticos al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», op. cit. p. 3.

²⁹ ADAN DOMENECH, F., «Política legislativa de escaparate. Los errores del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», op. cit. p. 12.

3.5. Régimen en materia de costas

El artículo 4.1 del RD-ley 1/2017 establece que solamente si el consumidor rechazase el cálculo de la cantidad a devolver o declinase, por cualquier motivo, la devolución del efectivo e interpusiera posteriormente una demanda en la que obtuviese una sentencia más favorable que la oferta recibida de la entidad financiera, se impondrá la condena en costas a ésta. Realmente, esta previsión no hace más que reproducir el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues si el consumidor rechaza el cálculo es para pedir una cantidad mayor en la posterior demanda y solo si se estima su pretensión por completo es cuando se le impondrán todas las costas a la entidad financiera (cfr. art. 394.1 LEC).

Por su parte, el artículo 4.2 a) establece que si el consumidor interpusiese una demanda frente a la entidad financiera sin haber acudido al procedimiento extrajudicial, en caso de allanamiento de la entidad antes de la contestación a la demanda se considerará que no concurre mala fe procesal, a efectos de lo previsto en el artículo 395.1-II de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Resulta evidente que con esta previsión se está premiando a las entidades financieras, pues se evita que los tribunales puedan apreciar mala fe en el demandado –la entidad financiera– de cara a la imposición de las costas³⁰.

La verdadera novedad en materia de costas, frente a la regulación general de esta materia establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la encontramos en la letra b) del artículo 4.2, por cuanto establece: «que en caso de allanamiento parcial de la entidad financiera antes de la contestación a la demanda, siempre que consigne la cantidad a cuyo abono se comprometa, solo se le podrá imponer la condena en costas si el consumidor obtuviera una sentencia cuyo resultado económico fuera más favorable que la cantidad consignada»³¹.

Por último, aquellos otros supuestos que se puedan dar en la práctica deberán solventarse mediante la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 4.3).

³⁰ Para VILAPLANA RUÍZ resulta reprochable «que la norma llegue a *premiar* al banco que se ve *sorpresivamente* demandado (luego de venir aprovechándose durante años de una cláusula manifiestamente abusiva), sin reclamación extrajudicial previa y se allana a la demanda, eximiéndolo de las costas judiciales», VILAPLANA RUÍZ, J., «Espejismos normativos: apuntes críticos al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», op. cit. p. 4.

³¹ ACHÓN BRUÑÉN, M^a. J., «Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero: supuestos en que va a ser necesario acudir a los Tribunales para recuperar todas las cantidades indebidamente abonadas por la cláusula suelo», op. cit. p. 8.

4. SOLUCIONES ALTERNATIVAS AL PAGO EN EFECTIVO

La Disposición Adicional Segunda del RD-ley 1/2017 ha previsto la posibilidad de que, una vez convenida la cantidad a devolver, el consumidor y la entidad de crédito puedan acordar la adopción de una *medida compensatoria* distinta de la devolución de efectivo, en cuyo caso la entidad de crédito deberá suministrarle una valoración que le permita conocer el efecto de la medida compensatoria y concederle un plazo de quince días para que manifieste su conformidad. A mayor abundamiento, se dispone que la aceptación de una *medida compensatoria* requiera imperativamente que el consumidor haya recibido «información suficiente y adecuada sobre la cantidad a devolver, la medida compensatoria y el valor económico de esa medida». Por lo tanto, la aceptación de la medida compensatoria «deberá ser manuscrita y en documento aparte», en donde también quede constancia del cumplimiento del antedicho plazo de quince días.

Por todo lo anterior, vemos que el legislador ha procurado que el acuerdo al que lleguen el consumidor y la entidad financiera adolezca de cualquier oscuridad o eventual vicio. No obstante, nada impide que las entidades financieras puedan colocar, de nuevo, productos financieros complejos a sus clientes. Esperemos que esta vez el consentimiento del consumidor no adolezca de faltas de conocimiento y transparencia que, en definitiva, han dado pie a la situación que el RD-ley 1/2017 «pretende» enmendar.

5. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y HABILITACIÓN NORMATIVA

La restitución de las cantidades abonadas por las cláusulas suelo a los consumidores tiene transcendencia en el ámbito fiscal. Esta es la razón por la que la Disposición Final Primera del RD-ley 1/2017 modifica la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, adicionando una Disposición adicional cuadragésima quinta, con efectos desde la entrada en vigor del RD-ley 1/2017 y ejercicios anteriores no prescritos, regulando aspectos tributarios relacionados con las cantidades que pudieran devolverse a los consumidores en el marco del procedimiento extrajudicial previsto, incluyendo aquellos casos en que la restitución «hubiera sido consecuencia de la ejecución o cumplimiento de sentencias judiciales o laudos arbitrales».

Por su parte, la Disposición Final Tercera habilita al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo de la norma. Por un lado, se podrá regular la existencia de un órgano de seguimiento, control y evaluación de las reclamaciones efectuadas en el ámbito de aplicación del RD-ley 1/2017, debiendo emitir un informe semestral sobre su actuación. Sin embargo, no se contemplan medidas coercitivas o sancionadoras para aquellas entidades financieras que no den cumplimiento a lo previsto en el RD-ley 1/2017, por lo que se convierte en papel mojado. Y por otro lado, se podrá regular la extensión del ámbito de aplicación a otros

consumidores relacionados con el prestatario de contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria. A este respecto, esperamos que el Gobierno sea sensible y en una pronta reforma haga extensibles los efectos del RD-ley 1/2017 al resto de consumidores descritos.

BIBLIOGRAFIA

ACHÓN BRUÑÉN, M^a. J., «Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero: supuestos en que va a ser necesario acudir a los Tribunales para recuperar todas las cantidades indebidamente abonadas por la cláusula suelo», *Diario La Ley*, nº. 8907, de 24 de enero de 2017, p. 7.

ADAN DOMENECH, F., «Política legislativa de escaparate. Los errores del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», *Revista de Derecho vLex*, nº. 152, 2017, p. 3.

GARCÍA SÁNCHEZ, I. y SÁNCHEZ GARCÍA, J., «Comentarios al Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», *Revista de Derecho vLex*, nº. 152, 2017, p. 2.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E., «Algunas consideraciones respecto al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», *Diario La Ley*, nº. 8924, de 17 de febrero de 2017, p. 8.

VILAPLANA RUÍZ, J., «Espejismos normativos: apuntes críticos al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», *Diario La Ley*, nº. 8928, de 23 de febrero de 2017, p. 3.

Fecha de recepción: 21.03.2017

Fecha de aceptación: 29.03.2017