

CUESTIONES SOBRE EL REAL DECRETO LEY DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLÁUSULAS SUELO

Faustino Cordón Moreno
Catedrático de Derecho procesal
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Fecha de publicación: 26 de enero de 2017

RESUMEN: Se exponen algunas cuestiones que suscita la aplicación de las medidas previstas en la citada norma, que tienen que ver con su ámbito de aplicación y con el procedimiento extrajudicial previsto en la misma.

1. Aunque resulte obvio, me parece que la amplitud del ámbito de aplicación de las medidas previstas en el real decreto-ley, conforme a lo dispuesto en su art. 2.1, exige tener presente que la norma no puede pasar por encima de la cosa juzgada y, por lo tanto, no es aplicable a aquellos supuestos en los que una sentencia firme ha limitado la retroactividad de las devoluciones.

En tales casos, en cuyo análisis no entraré en esta nota, la consideración de las cantidades como “indebidas” y, por tanto, la justificación de su reclamación por el procedimiento extrajudicial previsto en el real decreto ley, exigiría la revisión de las sentencias firmes. Y ello no sería posible con fundamento en la STJUE de diciembre de 2016. En efecto, la STS 81/2016, de 18 de febrero (RJ 2016/567), desestima la pretensión de revisión de una sentencia firme dictada por el propio TS fundada en una sentencia posterior del TJUE que resolvía la cuestión litigiosa de manera diferente (de forma que, si la Sala hubiera esperado al dictado de dicha sentencia, su resolución hubiera sido otra). Recuerda la sentencia que el TJUE ha admitido la posibilidad de revisar un acto administrativo como consecuencia de una sentencia posterior del tribunal europeo, pero no la revisión de una sentencia firme: "el Derecho comunitario no impone la revisión de las sentencias firmes cuando tal posibilidad no está prevista en la normativa procesal nacional" (v., por ejemplo, la STJUE de 16 de marzo de 2006, asunto C-234/04, caso *Kapferer*). Y en nuestro ordenamiento jurídico no existe previsión legal respecto a dicha posibilidad de revisión, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v. art. 510.2 LEC).

2. Si se trata, como dice el art. 1º del real decreto ley, de facilitar la devolución de las cantidades “indebidamente satisfechas” por el consumidor, habrá que precisar que se entiende por tales. Y las cantidades se entenderán “indebidamente satisfechas” no cuando el consumidor así lo considere, sino cuando la cláusula sea nula, lo que exige la correspondiente declaración judicial. La anterior precisión sin duda limitará el ámbito de aplicación de las medidas previstas en el real decreto ley:
 - a) Si un consumidor tiene presentada ya la reclamación judicial y todavía no ha sido dictada sentencia firme, lo normal será que el proceso continúe, sin perjuicio de que las partes puedan pedir su suspensión de mutuo acuerdo (disposición transitoria única del real decreto ley).
 - b) Si no ha judicializado su situación (y no se encuentra afectado por sentencias dictadas en otros casos) y formulara la reclamación previa prevista en el art. 3, lo normal será que la entidad lo discuta (lo hará salvo supuestos claros de identidad con cláusulas ya declaradas nulas) y se ponga fin a la vía extrajudicial (art. 3.2).
3. El objetivo del real decreto ley es regular –incentivándolo con el régimen sobre las costas- “un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades”, conjurando de esta forma el riesgo de colapso de los juzgados. “El principio inspirador del mecanismo que se pone en marcha –dice el Preámbulo, III- es la voluntariedad a la hora de acceder a un procedimiento de solución extrajudicial con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, sin coste adicional para el consumidor e imperativo de atender por parte de las entidades de crédito”. Pero en realidad ello no es así:
 - a) La reclamación extrajudicial del consumidor da pie a que la entidad pueda optar entre efectuar un cálculo de la cantidad a devolver, y remitir una comunicación al consumidor desglosándolo, o considerar que la devolución no es procedente, comunicando las razones en que se motiva su decisión, en cuyo caso, como acabo de decir, se dará por concluido el procedimiento extrajudicial (art. 3.2). Por lo tanto, este procedimiento es voluntario para el consumidor, tal y como dice el legislador, pero también para la entidad crediticia.
 - b) Por otra parte, de esa voluntariedad deriva que el “procedimiento de solución extrajudicial” no se imponga con carácter previo a la vía judicial, a modo de una conciliación o reclamación administrativa previa de carácter obligatorio, sino que

se ofrece al consumidor como una alternativa a la vía judicial que la entidad puede o no aceptar.

4. Si la entidad considera que la devolución no es procedente, queda expedita para el consumidor la vía judicial, sin que se prevea cuál es la incidencia que en ella tiene la vía extrajudicial que quedó frustrada. Si, por el contrario, atiende la reclamación y realiza un cálculo de la cantidad a devolver y lo comunica al consumidor, son dos las posibilidades que se le abren:

- a) La primera manifestar que no está de acuerdo con el cálculo efectuado por la entidad de crédito (es decir, la discute) o que rechaza la cantidad ofrecida. En ambos casos no se prevé la posibilidad de negociar la cantidad durante el plazo máximo de tres meses “para que el consumidor y la entidad lleguen a un acuerdo y se ponga a disposición del primero la cantidad a devolver” (art. 3.4, principio), sino que directamente “se entenderá que el procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo” (art. 3.4, c). Dice el precepto que “(a) efectos de que el consumidor pueda adoptar las medidas que estime oportunas”, pero, si el procedimiento de la reclamación previa se entiende concluido, estas medidas se concretarán en acudir a la vía judicial; aunque, ciertamente, en abstracto no cabe excluir la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento extrajudicial o de abrir una vía de negociación alternativa que pueda desembocar en un tipo de acuerdo diferente.
- b) La segunda posibilidad que se le abre es manifestar su conformidad, en cuyo caso se habrá logrado el acuerdo. En este último caso, “la entidad de crédito acordará con el consumidor la devolución del efectivo” (art. 3.3).

Interesa considerar este último supuesto, que desemboca en un acuerdo, semejante al logrado en un acto de conciliación con avenencia, que tiene un doble contenido posible: la devolución de la cantidad ofrecida y aceptada (de la que se regulará las condiciones, tiempo y forma de pago) o, como alternativa, la adopción de medidas compensatorias distintas, sin que el real decreto ley haga referencia a cuáles pueden ser, limitándose en la disposición adicional segunda a adoptar una serie de cautelas tuitivas del consumidor, relativas, sobre todo, a la información “suficiente y adecuada” que la entidad de crédito debe suministrarle “sobre la cantidad a devolver, la medida compensatoria y el valor económico de esa medida”.

Obsérvese que el real decreto ley nada específico prevé sobre la eficacia de este acuerdo. En el art. 3.4, d) el legislador se limita a decir que “(a) efectos de que el consumidor pueda adoptar las medidas que estime oportunas, se entenderá que el

procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo”, si transcurrido el plazo de tres meses no se ha puesto a disposición del consumidor de modo efectivo la cantidad ofrecida.

Ciertamente, en ausencia de intervención de un órgano judicial, no podía reconocerse eficacia ejecutiva directa al acuerdo alcanzado entre el consumidor y la entidad crediticia; pero ¿tendrá esa eficacia si se otorga en escritura pública?. A mi juicio, ningún obstáculo existe para reconocerla si la escritura cumple lo dispuesto en el art. 517.1-4º LEC.

5. Dice el art. 3.6 que las partes no podrán ejercitar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de la reclamación previa durante el tiempo en que esta se sustancie. Si se interpusiera demanda con anterioridad a la finalización del procedimiento y con el mismo objeto que la reclamación de este artículo, dispone el precepto que, tan pronto se tenga constancia de tal circunstancia, “se producirá la suspensión del proceso hasta que se resuelva la reclamación previa”.

El efecto querido –la suspensión del proceso- está expresado con claridad, pero no se prevé el tratamiento procesal. El tenor de la norma “se producirá la suspensión...” es imperativo, pero entiendo que la misma (la suspensión) no puede acordarse de oficio. Dado el tenor voluntario del procedimiento extrajudicial para ambas partes, si una de ellas decide acudir a la vía judicial, hay que presumir su voluntad de abandono de aquél; voluntad que debe entenderse que concurre también en la parte contraria si decide no plantear en el procedimiento judicial la oportuna excepción o, mejor, denuncia. La norma prevé la posibilidad de hacerlo en cualquier momento (“Cuándo se tenga constancia”), resolviéndose en el acto, sin necesidad de esperar a los momentos legalmente establecidos (audiencia previa, por ejemplo). Ahora bien, denunciada en un proceso judicial la pendencia del procedimiento extrajudicial, entiendo que deberá prestarse audiencia a la parte contraria y si manifiesta su voluntad de no alcanzar un acuerdo, el procedimiento judicial debería seguir adelante.

Por lo dicho, me parece más adecuado el régimen previsto en la disposición transitoria única para los procedimientos judiciales en curso:, conforme al cual si las partes de común acuerdo deciden someterse al procedimiento extrajudicial establecido en el real decreto ley, podrán solicitar la suspensión del proceso.

6. Y, por último, una observación sobre el régimen de las costas en los eventuales procedimientos judiciales en caso de fracaso de la vía extrajudicial. Sin duda el legislador ha establecido su régimen pensando en ellas como incentivo de estas reclamaciones extrajudiciales, sobre todo para la entidad crediticia. Por eso, si la entidad



realiza la oferta, manifestando su voluntad de lograr el acuerdo, y el consumidor la rechaza, solo será condenada en costas en la vía judicial, a la que se acuda, si éste (el consumidor obtiene en ella más de lo que le fue ofertado y rechazó (art. 4.1). Es decir, se le viene a decir a la entidad crediticia: haga Ud. un cálculo correcto, para que no pueda ser rechazado, y no será condenada en costas. Por tanto, se limita la posibilidad de que la entidad pueda ofertar un acuerdo transaccional.