

© Copyright 2017, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

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 - Núm. 152, Enero 2017

Autor: Isidor García Sánchez - Jesús Sánchez García

Cargo: Abogado. Miembros de la Comisión Normativa ICAB/CICAC

Id. vLex: VLEX-660610865

Link: <http://vlex.com/vid/comentarios-real-decreto-ley-660610865>

Texto

Contenidos

- [I. Efectos procesales y sustantivos derivados de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016](#)
- [II. Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de los consumidores de cláusulas suelo](#)
- [III. Conclusión](#)

Efectos procesales y sustantivos derivados de la [sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016](#)

Sin duda se ha producido un auténtico *tsunami* de consecuencias derivadas de la [sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016](#) -asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15- que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante, sobre la interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13/CEE), respecto a la restitución de cantidades abonadas sobre la base de cláusulas contractuales cuyo carácter abusivo ha sido declarado por los tribunales, como consecuencia de la doctrina fijada por el

[TS en su sentencia de 25 de marzo de 2015¹](#).

La [sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016](#) declara que *"el artículo 6, apartado 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos resolutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión"*.

Con carácter previo al análisis del [Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero](#) (en adelante [RDL 1/2017](#)) es preciso hacer una breve referencia al estado actual de la situación en la que se encuentran los prestatarios que han suscrito contratos de préstamo con garantía hipotecaria con cláusulas suelo.

En principio *per se* las cláusulas suelo no son abusivas, sino que, para declarar judicialmente su abusividad, será necesario que se cumplan los parámetros fijados por el [TS en sus sentencias de 9 de mayo de 2013²](#) y 25 de marzo de 2015³, entre otras muchas, en relación con la doctrina fijada por el TS respecto del control de transparencia.

El problema surge a la hora de determinar qué entidades de crédito incluyeron en sus contratos de préstamo con garantía hipotecaria cláusulas limitativas del interés variable que puedan considerarse abusivas, habida cuenta que hay entidades bancarias que están declarando que las cláusulas suelo insertas en sus contratos cumplen el control de transparencia fijado por el TS (281,4 [LEC](#)).

El [TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013⁴](#) (apartado Octavo del Fallo), declaró abusivas las cláusulas suelo, de los contratos que se analizaban en esa acción colectiva, de las entidades *"Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U."* y condenó a las mismas a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan, así como a cesar en su utilización.

A ello debe añadirse que está pendiente de recurso la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil 11 de Madrid, de 7 de abril de 2016⁵, en la acción colectiva de cesación interpuesta por ADICAE contra la práctica totalidad de las entidades bancarias de nuestro país.

Y, por último, el Abogado General del TJUE Sr. Paolo Mengozzi en sus Conclusiones presentadas el 13 de julio de 2016⁶ (en la cuestión prejudicial que dio lugar la [sentencia del TJUE de 21/12/2016](#)) en sus apartados 65 y 66 concluyó:

"65 A continuación, debo señalar que el estado del Derecho nacional se ajusta a lo exigido por la Directiva 93/13. En efecto, resulta claramente de los autos que la sanción aplicable en principio en el ordenamiento jurídico español a las cláusulas abusivas es la nulidad, la cual da derecho a una restitución íntegra. Se trata en este caso del nivel máximo de la sanción civil que elimina todos los efectos de la cláusula abusiva. No obstante, lo que plantea el problema en los tres presentes asuntos es el hecho de que el órgano jurisdiccional supremo haya recurrido a una

vía procesal que le permite limitar los efectos en el tiempo de sus sentencias. La utilización de esa posibilidad ha tenido como resultado, en lo que respecta a la sanción de las cláusulas «suelo», la situación que se expone seguidamente.

66. A partir del 9 de mayo de 2013, las cláusulas «suelo» deben desaparecer del ordenamiento jurídico español. Deben ser eliminadas de todos los contratos existentes y los profesionales no pueden ya incluirlas en nuevos contratos, puesto que el profesional que incluya tales cláusulas a partir de esa fecha será condenado tanto a la eliminación de las mismas como a la devolución de todas las cantidades abonadas en aplicación de esas cláusulas. Dicho en otros términos, a partir del 9 de mayo de 2013 se garantizan los efectos plenos de la nulidad; esto es, de la sanción de principio".

Ante todo ello, hay que cuestionarse ¿en qué situación se encuentra el consumidor que tiene un contrato de préstamo hipotecario con una cláusula suelo que - pese a la regulación del RDL 1/2017- ya ha llegado a un acuerdo extrajudicial con la entidad bancaria o ha concluido su procedimiento judicial con una resolución que ha devenido definitiva y firme, sin beneficiarse de los efectos retroactivos *ex tunc* de la cláusula suelo declarada abusiva?. Máxime cuando la única problemática que se prevé en la Disposición Transitoria única del [RDL 1/2017](#) se refiere a la posibilidad de que las partes se acojan al mecanismo extrajudicial regulado en el [artículo 3](#) del [RDL 1/2017](#) con suspensión del procedimiento.

Sobre la casuística existente hemos de diferenciar los acuerdos extrajudiciales alcanzados entre el prestatario y la entidad bancaria (incluidos los homologados judicialmente) de los procedimientos judiciales, bien sean de ejecución o declarativos⁷.

Respecto de los acuerdos extrajudiciales alcanzados entre el prestatario y la entidad bancaria o los acuerdos transaccionales homologados judicialmente, habrá que estar al caso concreto y exigirá un estudio minucioso del tema.

Sin perjuicio del estudio del caso concreto, a nuestro entender -tanto en un supuesto, como en otro- hay argumentos jurídicos para defender la nulidad del pacto alcanzado.

Sostenemos esta posición, habida cuenta la especial materia en la que nos desenvolvemos (en la que nos encontramos con normas de derecho imperativo y de orden público, como ha resuelto de forma constante la jurisprudencia del TJUE) y si se ha negociado y logrado un acuerdo extrajudicial con el Banco habrá que acudir a la causa y el error en la causa, que puede determinar la nulidad del pacto o negocio.

A nuestro entender tampoco le afectaría los efectos de la cosa juzgada en los supuestos en los que las partes hubieran llegado a un acuerdo transaccional, aprobado judicialmente⁸.

En su sentencia de 5 de abril de 2010⁹, el TS resolvió que la transacción judicial tiene naturaleza dual, ya que -manteniendo su carácter sustantivo- la aprobación judicial le confiere un carácter procesal como acto que pone fin al proceso, con el efecto de hacer posible su ejecución como si se trata de una sentencia ([artículos 1816 CC](#) y [517 LEC](#)). En esta circunstancia radica la diferencia entre transacción judicial y extrajudicial, pues esta última no puede ser ejecutada forzosamente si no se obtiene, con carácter previo, un pronunciamiento judicial sobre su existencia y eficacia que sirva de título ejecutivo.

En esta misma sentencia el TS resuelve que la homologación judicial, sin embargo, no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por tanto, aunque las transacciones judiciales podrán hacerse efectivas por la vía de apremio, el [artículo 1817 del CC](#) no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento ([STS de 26 de enero de 1993](#)). De modo semejante, cabe ejercitar contra el acto de conciliación con avenencia (que es susceptible de ejecución) la acción de nulidad mediante el juicio declarativo que corresponda.

La resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2016¹⁰, analiza la naturaleza mixta, convencional y procesal, de la transacción judicial, citando la sentencia comentada del TS de 5 de abril de 2010.

Por otra parte no debemos olvidar que, si bien el [artículo 1255 del Código Civil](#) regula la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de contratar, el propio artículo establece que son nulos los pactos contrarios al orden público y, por tanto, a nuestro entender, podríamos encontrarnos ante supuestos de renuncia expresa, en contra de lo dispuesto en el artículo 6,1 de la directiva 93/13/CEE y por ello ante una posible nulidad radical por incumplimiento de normas imperativas, de forma preferente al vicio del consentimiento.

La doctrina fijada por el [TS en sus sentencias de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015](#), podría haber generado en algunos prestatarios no tanto un vicio en el consentimiento a la hora de negociar y novar sus contratos de préstamos con garantía hipotecaria -con renuncia a los efectos *ex tunc* de las cláusulas suelo que hubieran podido dejarse sin efecto en un acuerdo extrajudicial- sino un acuerdo nulo por ir contra uno de los límites del [art. 1255 CC](#) como es el orden público, al haberse determinado por el TJUE que la no retroactividad infringía el Derecho comunitario cuando el consumidor de forma fundada -dados los pronunciamientos del TS- podía considerar que no era así¹¹.

Además, dichas novaciones en general envuelven una transacción y ésta -conforme al [art. 1817 CC](#) que se remite al [art. 1265 CC](#)- es nula cuando hay error en el consentimiento.

Si nos encontramos ante un supuesto de nulidad absoluta o radical, la acción de nulidad no caduca y respecto de la posible prescripción debemos tener presente la reforma del [artículo 1964 del Código Civil](#), operada por la [Ley 42/2015, de 5 de octubre](#), de reforma de la [LEC](#), estableciendo que las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación, con el régimen transitorio del [artículo 1939 del Código Civil](#).

Y si, como sostenemos, estamos ante un supuesto de derecho indisponible y -por tanto- la posibilidad de que el acuerdo alcanzado, renunciando a los efectos *ex tunc* de la reclamación de lo indebidamente cobrado por aplicación de la cláusula suelo, sea nulo de pleno derecho, conviene recordar que el artículo [121,2 del Codi Civil de Catalunya](#) dispone que no prescriben las pretensiones relativas a derechos indisponibles.

Al respecto, sobre la nulidad de pleno derecho de las renunciadas derivadas de una cláusula suelo declarada abusiva son ilustrativas las sentencias de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 17 de noviembre de 2016¹² y 22 de noviembre de 2016¹³ y la sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Palencia de 14 de noviembre de

2016¹⁴, resolviendo esta última en su fundamento de derecho segundo in fine que:

"Si lo que se pretende es argumentar que la renuncia al ejercicio de acciones que se contiene en la novación modificativa tiene validez, a ello se debe contestarse afirmando que la renuncia pactada se contiene en el pacto novatorio, y se refiere, quiérase o no, precisamente a la cláusula cuya nulidad radical viene declarada, por lo que no puede correr distinta suerte que el resto de disposiciones contenidas en el contrato pretendidamente novatorio, ni la renuncia en cuestión puede tener un efecto distinto del de dichas disposiciones, precisamente por la imposibilidad de novar lo que es nulo de pleno derecho".

Respecto de los procedimientos de ejecución, a nuestro entender y tras analizar el [artículo 561](#) de la [LEC](#), podemos concluir que tampoco afectaría al Auto resolviendo el incidente los efectos de la cosa juzgada.

Si bien es cierto que la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales admite - siguiendo la doctrina fijada por el TS en sus sentencias de 24 y 28 de noviembre de 2014- que el Auto que se dicta en el incidente de oposición produce efectos de cosa juzgada material respecto de las cuestiones que el ejecutado pudo plantear en dicho incidente, con la consiguiente imposibilidad de plantear esas mismas cuestiones en un proceso declarativo posterior, esos efectos deben ser excluidos en los casos en los que la prohibición de promover un proceso declarativo posterior lesione el derecho de defensa de alguna de las partes, como ocurriría, por ejemplo, cuando la parte que promueve el proceso declarativo posterior lo hace por haberlo impedido el carácter sumario de ese incidente¹⁵.

Respecto de los procedimientos declarativos en los que haya recaído sentencia definitiva y firme, conforme a nuestra legislación interna debería serle de aplicación los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada material regulada en el [artículo 222](#) de la [LEC](#)¹⁶.

Igual tesis cabría sostener respecto del incidente de oposición por la causa prevista en el [artículo 695.1-4](#) de la [LEC](#) que -conforme la previsión contenida en el apartado 4 de dicho artículo- la resolución que recaiga tiene efectos de cosa juzgada.

Para el Magistrado Vicente Magro Servet no se podrá reclamar los casos que ya han sido juzgados y que tienen sentencia firme y aquéllos que firmaron un acuerdo extrajudicial con su banco, porque no se entiende que sea un pacto de adhesión, sino que son negociaciones individuales pactadas con el banco por quienes reclamaban extrajudicialmente la aplicación de la abusividad, porque el acuerdo firmado es eficaz y si se pactó con el banco una limitación temporal en la retroacción de la abusividad de estas cláusulas hay que atenerse a lo pactado sin poder reclamar la aplicación de la sentencia del TJUE¹⁷.

Es cierto que el TJUE en la citada sentencia no resuelve la cuestión de los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada material ya que -como acertadamente apunta el Magistrado Edmundo Rodríguez- una cosa es la preclusión de plazos del [artículo 136](#) de la [LEC](#) y otra la preclusión de alegaciones del [artículo 400](#) de la [LEC](#)¹⁸, al ser ésta una materia que corresponde regular a cada uno de los Estados miembros, confirmando el TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2016 que el TS podía declarar legítimamente en su sentencia de 9 de mayo de 2013 que no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.

Pero, en nuestra opinión al consumidor no le habrá precluido la pretensión derivada de los efectos *ex tunc* de la nulidad de la cláusula suelo, ni por la regla preclusiva de la cosa juzgada virtual del artículo [400, 2](#) de la [LEC¹⁹](#), ni por los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada material del [artículo 400](#), en relación con el [artículo 222](#) de la [LEC](#), ya que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, que tiene rango de norma de orden público, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada del TJUE²⁰.

En nuestro ordenamiento la declaración de nulidad de una cláusula por abusividad es una nulidad parcial (de conformidad con lo establecido en el artículo 83 de la LGCYU), de manera que la misma debe ser eliminada quedando subsistente el contrato, sin que exista posibilidad de integración tras la doctrina contenida en [STJUE de 14 de junio de 2012, 21 de febrero de 2013 y 30 de abril de 2014](#) y la reforma del citado artículo, conforme a la [Ley 3/2014, de 27 de marzo](#).

Nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste- y exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "*quod nullum est nullum effectum producit*" (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el [artículo 1303](#) del [Código Civil](#), a cuyo tenor "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

Como afirma la [STS 118/2012, de 13 marzo²¹](#), se trata de una propia "*restitutio in integrum*", como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "*condictio in debiti*". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente, procediendo declarar la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo.

El TJUE en su sentencia de 20 de septiembre de 2011 --asunto F-8/05 REV-- resolvió que en el sistema judicial de la Unión la revisión constituye no una vía de apelación, sino un recurso extraordinario que permite impugnar la fuerza de cosa juzgada de una sentencia o un auto firme, resolviendo que el derecho a la tutela judicial efectiva (en el sentido del artículo 47, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales) no queda confinado a la protección de los derechos fundamentales, sino que abarca también la protección de todos los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión.

No debemos olvidar que en la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 (reiterada en su sentencia de 21 de diciembre de 2016), el TJUE ha declarado que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento interno, tienen rango de normas de orden público y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta.

El TJUE en su Auto de 17 de marzo de 2016 --Asunto C-613/15-- ha reiterado, por enésima vez, analizando los artículos 3, 4 y 6 de la Directiva 93/13/CEE, en su apartado 37 que: "*En consecuencia, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la*

cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:2015:21, apartados 28 y 41)".

No obstante, si se interpretase que respecto de las sentencias definitivas y firmes no le es de aplicación los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada material y, dado que no cabe acudir a la vía del recurso de revisión conforme la doctrina sentada por el

[TS en su sentencia nº 81/2016, de 18 de febrero de 2016²²](#), hay que advertir que la [sentencia del TJUE de 28 de julio de 2016](#) -asunto C-168/15- permite una vía para reclamar contra el Estado cuando el tribunal nacional hubiera dictado una resolución que infrinja de manera manifiesta el Derecho de la Unión, entendiéndose el TJUE que -en todo caso- una violación del Derecho de la Unión está suficientemente caracterizada cuando se ha producido con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, como -a nuestro entender- ocurre con la doctrina sentada por el [TS en sus sentencias de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015](#), que ha dado lugar a la cuestión prejudicial resuelta por el TJUE en su sentencia de 21 de diciembre de 2016²³.

II

Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de los consumidores de cláusulas suelo

El párrafo segundo del apartado ordinal I de la Exposición de Motivos del [RDL 1/2017](#) nos dice que "*siguiendo esta línea, el presente Real Decreto-ley pretende avanzar en las medidas dirigidas a la protección a los consumidores estableciendo un cauce que les facilite la posibilidad de llegar a acuerdos con las entidades de crédito con la que tienen suscrito un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria 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](#), en los asuntos acumulados C-154/15 y C-307 y 308/15".*

Y en el párrafo primero del ordinal III se nos dice que "*como es previsible que el reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea suponga el incremento de las demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, resulta de extraordinaria y urgente necesidad arbitrar 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".*

Eso nos obliga a analizar el texto normativo para ver si efectivamente el legislador ha regulado un cauce, sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que le permita

recuperar el cobro de las cantidades pagadas por la aplicación indebida de una cláusula suelo que se considere abusiva (ya que ésta, a nuestro entender, es la traducción lógica del término "*permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades*").

En su artículo primero el [RDL 1/2017](#) delimita el ámbito objetivo de la disposición, al establecer que tiene como objeto el establecimiento de medidas que faciliten la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria.

El ámbito subjetivo viene regulado en el artículo segundo, pudiendo acogerse al mismo los prestatarios que sean consumidores, pero solo respecto de las personas físicas. Quedan excluidas, por tanto, las personas jurídicas, que en nuestro ordenamiento jurídico pueden tener la condición de consumidores, ampliando, incluso, su ámbito en textos normativos como el *Codi de Consum de Catalunya*.

Según dispone el [artículo segundo](#) del [RDL 1/2017](#) se entenderá 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.

Se exige a través del artículo tercero que las entidades bancarias (en el plazo de un mes desde la publicación del [RDL 1/2017](#) -Disposición adicional 1ª-) implanten un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales, que tendrá carácter voluntario para el consumidor y cuyo objeto será atender a las peticiones que éstos formulen en el ámbito del [RDL 1/2017](#) aprobado.

Los consumidores incluidos en el ámbito de aplicación del [RDL 1/2017](#) podrán presentar sus reclamaciones desde su entrada en vigor, que es el mismo día de su publicación en el BOE (21/01/2017), si bien el plazo de tres meses previsto en el [artículo 3.4](#) del [RDL 1/2017](#) no comenzará a contar hasta la efectiva adopción de las medidas necesarias para su cumplimiento o desde que haya transcurrido un mes sin que la entidad hubiera puesto en marcha el departamento correspondiente (apartado tercero de la Disposición adicional primera).

Recibida la reclamación la entidad de crédito deberá efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitirle una comunicación al consumidor desglosando dicho cálculo, debiendo incluir la entidad en ese desglose necesariamente las cantidades que correspondan en concepto de intereses.

Si la entidad considera que la devolución no es procedente, comunicará las razones en que se motiva su decisión, en cuyo caso se dará por concluido el procedimiento extrajudicial.

El consumidor deberá manifestar si está de acuerdo con el cálculo y si lo está, la entidad de crédito acordará con el consumidor la devolución del efectivo, existiendo un plazo máximo de tres meses para que la entidad y el consumidor lleguen a un acuerdo desde la presentación de la reclamación, debiéndose entender, a nuestro entender, incluido dentro del plazo de los tres meses la puesta a disposición al consumidor de la cantidad reclamada, ya que de lo contrario sería dejar el cumplimiento de lo acordado al arbitrio de una de las partes ([art. 1256 CC](#)).

En el apartado cuatro del artículo tercero, se hace contar que a los efectos de que el consumidor pueda adoptar las medidas que estime oportunas, se entenderá que el procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo:

- a. si la entidad de crédito rechaza expresamente la solicitud del consumidor.
- b. si finaliza el plazo de tres meses sin comunicación alguna por parte de la entidad de crédito al consumidor reclamante.
- c. 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.
- d. si transcurrido el plazo de tres meses no se ha puesto a disposición del consumidor de modo efectivo la cantidad ofrecida.

Por su parte, las entidades de crédito deberán informar a sus clientes de que las devoluciones acordadas pueden generar obligaciones tributarias y están obligadas a comunicar a la AEAT la información relativa a las devoluciones acordadas.

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 ésta se sustancie y si se interpusiese demanda con anterioridad a la finalización del procedimiento y con el mismo objeto que la reclamación se producirá la suspensión del procedimiento, en cuanto se tenga constancia, hasta que se resuelva la reclamación previa.

En el [artículo 4](#) del [RDL 1/2017](#) se establece una regulación específica en materia de costas, estableciéndose 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 demanda judicial en la que obtuviese una sentencia más favorable que la oferta recibida de dicha entidad, se impondrá la condena en costas a ésta.

Y para el caso de que el consumidor interpusiere una demanda frente a una entidad de crédito sin haber acudido al procedimiento extrajudicial regulado en el [artículo 3](#) del [RDL 1/2017](#) las costas se regirán por las siguientes reglas:

- a. En caso de allanamiento de la entidad de crédito 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](#), [segundo](#) párrafo de la [LEC](#).
- b. En el caso de allanamiento parcial de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, solo se le podrá imponer la condena en costas si el consumidor obtuviera una sentencia más favorable que la oferta recibida y la entidad hubiera consignado la cantidad a cuyo abono se hubiera comprometido.

En lo no previsto en el [artículo 4](#) del RDL en materia de costas se estará a lo dispuesto en la [LEC](#).

El problema del procedimiento extrajudicial que regula este [RDL 1/2017](#), a nuestro entender, surgirá con la medida prevista en la disposición adicional segunda, que el texto

legal denomina "*medidas compensatorias distintas de la devolución del efectivo*", que consideramos que es una excepción a la *restitutio in integrum* que regula el [artículo 1303](#) del [Código Civil](#) y la jurisprudencia del TS en la materia ([STS 118/2012, de 13 marzo²⁴](#)).

En el apartado primero de la disposición adicional segunda se prevé que a los efectos previstos en el artículo 3, una vez convenida la cantidad a devolver, el consumidor y la entidad de crédito podrán acordar la adopción de una medida compensatoria distinta de la devolución del efectivo. En ese caso la entidad de crédito deberá suministrarle una valoración que le permita conocer el efecto de la medida compensatoria y concederle un plazo de 15 días para que manifieste su conformidad.

En el apartado segundo de la citada Disposición Adicional se concreta que la aceptación de una medida compensatoria requerirá que el consumidor haya recibido información suficiente y adecuada sobre la cantidad a devolver, la medida compensatoria y el valor económico de esa medida. La aceptación de la medida compensatoria informada con esta extensión deberá ser manuscrita y en documento aparte en el que también quede constancia del cumplimiento del plazo previsto de 15 días.

A través de la Disposición adicional tercera se regula la gratuidad del procedimiento y la reducción de aranceles notariales y registrales, que se devengarán conforme a un documento sin cuantía y a una inscripción mínima cualquiera que sea la base, aun cuando la norma no regula quién asumirá estos gastos, pese a que vienen derivados de una cláusula que conforme a la legislación comunitaria no debería haberse impuesto al adherente prestatario.

La Disposición transitoria única regula los procedimientos judiciales en curso, si bien parece desprenderse de su regulación que solo será para aquellos procedimientos en los que no exista una resolución definitiva y firme, al establecer que en los procedimientos judiciales en curso a la entrada en vigor del [RDL 1/2017](#) en los que se dirima una pretensión incluida en su ámbito, ejercida por uno o varios consumidores frente a una entidad de crédito, las partes de común acuerdo se podrán someter al procedimiento regulado en el [artículo 3](#), solicitando la suspensión del proceso de acuerdo con la [LEC](#) (aunque aquí hemos de recordar que al hacer una remisión a la [LEC](#) sin regular un plazo expreso, el artículo [19,4](#) de la [LEC](#) establece que el plazo de la suspensión no podrá superar los sesenta días).

La [Disposición final primera](#) modifica la [Ley 35/2006](#) del [IRPF](#) y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

La Disposición final primera establece que las cantidades que se cobren en virtud de las devoluciones de los intereses pagados de más (por las cláusulas suelo) NO tributarán en la renta de quién lo perciba. Y ello es correcto porque no estamos ante ningún hecho imponible (rendimiento de ningún tipo), ni tampoco estamos ante una indemnización, sino que simplemente se trata de la devolución de algo que se ha pagado de más y, por tanto, no afecta a la renta de quién lo percibe.

Se contempla que aquellos que hayan disfrutado de una reducción en el impuesto por el

pago de esos intereses, tengan que pagar ahora por lo que en su día se beneficiaron. Es el caso de los que se han deducido estos intereses por la adquisición de vivienda habitual. En estos supuestos se tendrá que devolver el beneficio fiscal obtenido.

En el apartado tercero de la Disposición final primera se prevé que lo dispuesto en los artículos primero y segundo será igualmente de aplicación cuando la devolución de cantidades a que se refiere el apartado primero hubiera sido consecuencia de la ejecución o cumplimiento de sentencias judiciales.

La disposición final tercera, habilita al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo de la norma y en particular en su párrafo a) prevé la existencia de un órgano de seguimiento, control y evaluación de las reclamaciones efectuadas en el ámbito de aplicación del [RDL 1/2017](#) y en el párrafo b), la extensión del ámbito de aplicación a otros consumidores relacionados con el prestatario de contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria.

Aun cuando se trata de una disposición que habilita al Gobierno, no dudamos de la sensibilidad del mismo para una pronta reforma que haga extensible los efectos de este [RDL 1/2017](#) al resto de consumidores que prevé el párrafo b).

Por último la disposición final cuarta regula la entrada en vigor, que lo es desde el día de su publicación en el BOE, es decir el 21 de enero de 2017.

III

Conclusión

El legislador a través del [Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero](#), de medidas urgentes de protección de los consumidores de cláusulas suelo, pretende regular un cauce, sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que le permita recuperar el cobro de las cantidades pagadas por la aplicación indebida de una cláusula suelo que se considere abusiva.

A la espera de la efectividad del mecanismo extrajudicial regulado a través del citado [RDL 1/2017](#), hay que cuestionarse ¿en qué situación se encuentra el consumidor que tiene formalizado un contrato de préstamo hipotecario con una cláusula suelo que -pese la regulación del [RDL 1/2017](#)- ya ha llegado a un acuerdo extrajudicial con la entidad bancaria o ha concluido su procedimiento judicial con una resolución que ha devenido definitiva y firme, sin beneficiarse de los efectos retroactivos *ex tunc* de la cláusula suelo declarada abusiva?. Máxime cuando la única problemática que se prevé en la Disposición Transitoria única del [RDL 1/2017](#) se refiere a la posibilidad de que las partes se acojan al mecanismo extrajudicial regulado en el [artículo 3](#) del [RDL 1/2017](#) con suspensión del procedimiento.

Será necesario acudir a la doctrina del TJUE para analizar la viabilidad de una reclamación al amparo de la [sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016](#), respecto de la casuística existente, que no tenga cabida en el ámbito de aplicación del [RDL 1/2017](#) o, en su caso, si seguido el trámite de dicho procedimiento no se satisficiera el interés del consumidor en los

términos que le garantiza el TJUE.

[1] Para tener en cuenta esas consecuencias: Lafuente Torralba, AJ.: "*Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula suelo: problemas de cosa juzgada ante un posible pronunciamiento del TJUE favorable a la retroactividad de la declaración de nulidad*". Comunicación presentada en el Congreso celebrado en Murcia en junio de 2016, sobre "El proceso civil: instrumento para la consecución de un nuevo panorama socioeconómico". También, Lafuente Torralba, AJ.: "*La impugnación de las cláusulas abusivas en un declarativo posterior*". Boletín de la Asociación de Jueces Francisco de Vitoria, núm. 8, octubre de 2016.

[2] Roj: STS 1916/2013.

[3] Roj: STS 1280/2015 - ECLI: ES:TS:2015:1280.

[4] Roj: STS 1916/2013.

[5] Roj: SJM M 53/2016 - ECLI:ES:JMM:2016:53.

[6] <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181583&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=544422>.

[7] Vid el documentado y fundamentado trabajo del Magistrado Guillem Soler Solé: "*TJUE, TS, cosa juzgada y responsabilidad del Estado*", publicado en la Revista Diario la Ley. N^o 8905. Sección Tribuna, 20 de enero de 2017.

[8] Viola Demestre, I.: "*El contrato de transacción en el Código Civil*". Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2003, pp. 380-390.

[9] Roj: STS 1874/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1874.

[10] BOE Núm. 8 de 10 de enero de 2017, p.1360.

[11] Sanchez Garcia, J.: "*Efectos procesales y sustantivos derivados de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016*". Revista Jurídica vLex, Núm 152, enero 2017.

[12] Roj: SAP Z 1882/2016 - ECLI:ES:APZ:2016:1882.

[13] Roj: SAP Z 1991/2016 -ECLI:ES:APZ:2016:1991.

[14] Roj: SAP P 278/2016 - ECLI:ES:APP:2016:278.

[15] Así lo sostiene Cachón Cárdenas, MJ: "*Ejecución procesal civil*", Editorial Atelier, 2014, p. 70.

[16] Perez Daudi, V.: "El incidente de nulidad de actuaciones después de resolución judicial firme en el proceso civil". Revista de Derecho Procesal, n^o 1, 2014, pgs. 167-198.

[17] Magro Servet, V.: "*Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre cláusulas abusivas. Retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo*".

Diario la Ley. Núm 8901. Sección Tribuna, 16 de enero de 2017.

[18] Rodríguez Achútegui, E. J "Comentario [artículo 400](#). Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos. [Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil](#)". Revista Digital [LEC](#) nº 10 Octubre 2016. Editorial Jurídica Sepín.

[19] Pérez Daudi, V.: "Comentario a la [sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2013](#) dictada en el asunto 32/2012". Revista Jurídica de Cataluña, 2014-2, pp. 542-548.

[20] Sánchez García, J.: "Efectos procesales y sustantivos derivados de la [sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016](#)". ob. cit.

[21] Roj: STS 2543/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2543.

[22] ROJ: [STS 515/2016](#) - ECLI: ES:TS:2016:515.

[23] Alonso-Cuevillas Sayrol, J.: "La responsabilidad patrimonial del Estado por los daños provocados por la Administración de Justicia: un derecho subjetivo constitucionalmente proclamado y legalmente desarrollado". Justicia año 2016, pgs. 123-151.

[24] Roj: STS 2543/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2543.