

**Recurso de Inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo**

**AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Don José Miguel Martínez-Fresneda Gamba, Colegiado del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid N° 1.081; **Procurador de los Tribunales; y bajo la dirección de los Letrados** Begoña Alfaro García, Colegiada del Muy Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona N° 2.225; Gonzalo Carrasco Moraleda, Colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid N° 118.340; Juan Moreno Redondo, Colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid N° 71.539; Verónica Dávalos Alarcón Colegiada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona N° 31.477; y Dionisio Moreno Trigo, Colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona N° 21.434, todos ellos en representación solidaria de los Excmos. Sres. Diputados/as que a continuación se relacionan:

DON ALBERTO MONTERO SOLER, DON ALBERTO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, DOÑA AMPARO BOTEJARA SANZ, DOÑA ANA MARCELLO SANTOS, DON ANTÓN GÓMEZ-REINO VARELA, DOÑA AUXILIADORA HONORATO CHULIÁN, DOÑA ÁNGELA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, DON EDUARDO SANTOS ITOIZ, DOÑA ISABEL FRANCO CARMONA, DON JAUME MOYA MATAS, DON JORGE LUIS BAIL, DON JUAN ANTONIO LÓPEZ DE URALDE GARMENDIA, DOÑA MARÍA ASUNCIÓN JACOBA PIA DE LA CONCHA GARCIA-MAURIÑO, DOÑA MARÍA DEL CARMEN PITA CÁRDENES, DOÑA MARTA SIBINA CAMPS, DON MIGUEL VILA GÓMEZ, DOÑA NOELIA VERA RUIZ-HERRERA, DON PABLO BUSTINDUY AMADOR, DON PEDRO ARROJO AGUDO, DON RAIMUNDO VIEJO VIÑAS, DOÑA RITA GERTRUDIS BOSAHO GORI, DOÑA MARÍA ROSA MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, DOÑA ROSANA ALONSO CLUSA, DOÑA ROSANA PASTOR MUÑOZ, DOÑA SARA CARREÑO VALERO, DON SERGIO PASCUAL PEÑA, DON TXEMA GUIJARRO GARCÍA, DOÑA YOLANDA DÍAZ PÉREZ, DOÑA NAYUA MIRIAM ALBA GOVELI, DON FÉLIX ALONSO CANTONÉ, DOÑA MARÍA TERESA ARÉVALO CARABALLO, DOÑA ÁNGELA BALLESTER MUÑOZ, DON DIEGO CAÑAMERO VALLE, DON JUAN ANTONIO DELGADO RAMOS, DON FRANCESC XAVIER DOMENECH SAMPERE, DOÑA SONIA FARRÉ FIDALGO, DOÑA EVA GARCÍA SEMPERE, DOÑA LUCÍA MARTÍN GONZÁLEZ, DON RAFAEL MAYORAL PERALES, DON MANUEL MONEREO PÉREZ, DOÑA TANIA SÁNCHEZ MELERO, DOÑA CARMEN VALIDO PÉREZ, DON JOSEP VENDRELL GARDEÑES, DOÑA IONE BELARRA URTEAGA, DON ÍÑIGO ERREJÓN GALVÁN, DON SEGUNDO GONZÁLEZ GARCÍA, DON PABLO IGLESIAS TURRIÓN, DOÑA IRENE MONTERO GIL, DON JOAN MIQUEL MENA ARCA, DOÑA MARÍA ISABEL SALUD ARESTE y DON JUAN MANUEL DEL OLMO IBAÑEZ.

Todos ellos Diputados/as pertenecientes al **Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea**, conforme consta del certificado expedido por el Secretario General del Congreso de los Diputados, DON CARLOS GUTIÉRREZ VICÉN, de fecha 04 de abril de 2017, y que en legal forma se adjunta (Anexo documento N° 1).

Dicha representación se acredita mediante la escritura pública de poder general para pleitos y especial para otras facultades, que en legal forma acompañamos (Anexo documento N° 2), que fue otorgada ante el Notario de Madrid, DON ANTONIO LUIS REINA GUTIÉRREZ, con fecha de 05 de abril de 2017.

La voluntad de interponer el presente recurso de inconstitucionalidad se acredita mediante el acuerdo previo adoptado por los Diputados/as, y que consta en la escritura pública de acta de referencia y manifestaciones, que en legal forma acompañamos (Anexo documento Nº 3), y que fue otorgada ante el Notario de Madrid, DON ANTONIO LUIS REINA GUTIÉRREZ, con fecha de 05 de abril de 2017.

Documentos todos ellos originales cuyo desglose y devolución a otros usos solicitamos una vez testimoniados en autos.

En tal virtud, comparecemos ante el Tribunal Constitucional y como mejor proceda en Derecho DECIMOS:

Que en la representación que ostentamos, mediante el presente escrito, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 162 de la Constitución española y los artículos 31 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, venimos a interponer **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD contra el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo**, publicado en el Boletín Oficial del Estado Nº 18, de 21 de enero de 2017, que en legal forma acompañamos (Anexo documento Nº 4).

El recurso se basa en los siguientes argumentos:

## I

### FUNDAMENTOS DE HECHO

El Consejo de Ministros en su reunión del día 20 de enero de 2017, aprobó el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (en adelante RDL 1/2017). El Real Decreto-ley fue publicado en el Boletín Oficial del Estado Nº 18, de 21 de enero de 2017.

El 23 de enero de 2017, el Gobierno de España presentó ante el Congreso de los Diputados el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, para el correspondiente trámite de control sobre las disposiciones del Gobierno con fuerza de ley, establecido en los artículos 151 a 153 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

El 26 de enero de 2017, la Mesa del Congreso de los Diputados, a petición del Gobierno, acordó tramitar este Real Decreto-Ley como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución española y los artículos 93 y 94 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

El Pleno del Congreso de los Diputados, en sesión celebrada el 31 de enero de 2017, y mediante votación plenaria, acordó convalidar el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas, con un total de 166 votos a favor, 88 votos en contra y 88 abstenciones.

La Presidenta del Congreso de los Diputados, Ana María Pastor Julián, mediante resolución de 31 de enero de 2017, ordenó la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. Esta resolución fue publicada en el Boletín Oficial del Estado Nº 32, de 07 de febrero de 2017.

## II

### PRESUPUESTOS PROCESALES

#### 1. **Jurisdicción y competencia**

Corresponde al Pleno del Tribunal Constitucional conocer y resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra de un Real Decreto-Ley, de conformidad con lo establecido por el artículo 161.1.a) de la Constitución Española (en adelante CE), en relación con los artículos 2.1.a) y 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC).

#### 2. **Admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad**

El presente recurso es admisible de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 LOTC, toda vez que la disposición que se recurre ha sido publicada íntegramente en el Boletín Oficial del Estado Nº 18, de 21 de enero de 2017

#### 3. **Legitimación activa de los que ejercitan el recurso**

Los/as Diputados/as otorgantes del poder que acompañamos a este recurso cuentan con legitimación activa a tenor de los artículos 162 CE y 32.1. c) LOTC. Los/as Diputados/as que ejercitan el recurso actúan representados por Procurador de los Tribunales, al amparo del artículo 81 LOTC.

#### 4. **Formulación en plazo del recurso**

El presente recurso se formula dentro del plazo legal de 3 meses a contar desde la publicación oficial del mismo, es decir el 21 de enero de 2017, cumpliéndose así lo dispuesto en el artículo 33 de la LOTC.

#### 5. **Objeto del recurso**

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

#### 6. **Pretensión que se deduce**

Al amparo de los artículos 27.1 y 2.b) y 39 LOTC se ejercita en este recurso la pretensión de declaración por ese Tribunal Constitucional, con los efectos legalmente predeterminados, de la disconformidad con la Constitución y, por tanto, se solicita la declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

### III

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### 1. Incumplimiento de las previsiones de extraordinaria y urgente necesidad y de provisionalidad establecidas en el artículo 86 de la Constitución Española

La regulación constitucional del Real Decreto Ley se establece en el Artículo 86 de la Constitución española. El citado precepto establece:

*“En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes”.*

De los dos supuestos constitucionales en que el Gobierno puede dictar normas con rango de ley, el Decreto Ley constituye la manifestación de una facultad propia del Poder Ejecutivo, definiéndose por tres notas:

- a. El presupuesto habilitante que constituye la extraordinaria y urgente necesidad;
- b. Las limitaciones materiales impuestas, o lo que es lo mismo, las materias excluidas de su regulación;
- c. El carácter de norma provisional, debiendo intervenir el Congreso de los Diputados para su convalidación o derogación.

Esta triple delimitación del Decreto Ley deriva de su carácter de excepción a la potestad legislativa de las Cortes y, por ende, al principio de separación de poderes. Por tanto, la Constitución permite al Gobierno dictar Decretos leyes sólo "en caso de extraordinaria y urgente necesidad".

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante TC):

- *“[E]n supuestos de uso abusivo o arbitrario, el TC podrá rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad (esta naturaleza) que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia” (STC 29/1982)<sup>1</sup>;*
- *“[C]ontrolar si el ejercicio de la potestad reconocida al Gobierno por el art. 86.1 CE se realizó siguiendo los requisitos establecidos en dicho precepto constitucional, cuya inobservancia constituye una infracción que sólo puede repararse con una declaración de inconstitucionalidad. En consecuencia, nuestro análisis deberá ceñirse a determinar la licitud o ilicitud constitucional del uso del Real Decreto-ley en este caso por parte del Gobierno” (STC 68/2007)<sup>2</sup>.*

---

<sup>1</sup> Pleno del Tribunal Constitucional. Recurso de inconstitucionalidad número 238/1981. Sentencia número 29/1982, de 31 de mayo. Publicado en «BOE» núm. 153, de 28 de junio de 1982.

<sup>2</sup> Pleno del Tribunal Constitucional. Sentencia 68/2007, de 28 de marzo de 2007. Recursos de inconstitucionalidad 4781-2002 y 4915-2002 (acumulados). Promovidos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y más de cincuenta Diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, Federal de

- “[E]s función propia de este Tribunal el aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes se mueven dentro del marco trazado por la Constitución” (STC 137/2003)<sup>3</sup>.

Partiendo de lo anterior, el presupuesto habilitante puede ser apreciado en el Gobierno con un "razonable margen de discrecionalidad", debiendo no obstante hacerse explícita la definición de su concurrencia, y no autoriza para incluir disposiciones que no guarden relación con la situación que se trata de afrontar, o no modifiquen de forma instantánea la situación jurídica existente.

Pues bien, aplicando los parámetros anteriores al Real Decreto Ley 1/2017, podemos concluir:

En primer lugar, no concurre en el Real Decreto Ley objeto de estudio la excepcionalidad exigida por el Artículo 86 de la Constitución. El Real Decreto Ley se plantea por el Gobierno con carácter general para todos los supuestos en que existe un Contrato de préstamo hipotecario con una limitación al tipo de interés variable o cláusula suelo, sin límite alguno ni desde el punto de vista objetivo, ni subjetivo. Por tanto, existe una extralimitación por parte del Gobierno, del ámbito y habilitación en la aprobación del Real Decreto Ley.

El Real Decreto-ley 1/2017 introduce una modificación al régimen de condena en costas establecido en los Artículos 394 y 395 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), estableciendo un nuevo sistema sin límites. Esta reforma introducida por RDL 1/2017 no se aplica únicamente al momento excepcional de incremento de las demandas de los consumidores por la abusividad de las cláusulas suelo, sino que por el contrario se aplica de manera permanente y general para todos los casos que surjan a partir de la vigencia de esta norma.

Esta es una de las cuestiones determinantes de la inconstitucionalidad del Real Decreto Ley 1/2017, por cuanto se extralimita en su función de regulación extraordinaria y coyuntural, con una modificación de los Artículos 394 y 395 de la LEC, que únicamente opera a favor de las entidades bancarias, y para todos los casos de demandas de cláusulas suelo, más allá del momento actual.

El Real Decreto-ley 1/2017 se sitúa en una norma reformadora con carácter permanente e indiscriminado y con vocación expansiva, como demuestra la habilitación normativa de la Disposición Final Tercera, que pretende extender su aplicación a cualquier procedimiento

---

Izquierda Unida y Mixto del Congreso de los Diputados frente al Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. Límites a los decretos-leyes: inexistencia de situación de extraordinaria y urgente necesidad; potestad legislativa y diálogo social. Nulidad de disposición estatal. Publicado en «BOE» núm. 100, de 26 de abril de 2007.

<sup>3</sup> Pleno del Tribunal Constitucional. Sentencia 137/2003, de 3 de julio de 2003. Recurso de inconstitucional 1313/96. Promovido por el Gobierno de Canarias contra el art. 34 del Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, que modificó el tipo de gravamen del impuesto especial sobre determinados medios de transportes. Límites a los Decretos-leyes y régimen económico y fiscal canario: necesidad y adecuación de la medida aprobada, prórroga presupuestaria y reactivación económica; participación de la Comunidad Autónoma en el procedimiento legislativo (STC 16/2003). Nulidad del precepto estatal. Publicado en «BOE» núm. 181, de 30 de julio de 2003.

referido a todo tipo de cláusulas de préstamos hipotecarios con consumidores. Dicha Disposición Final establece:

*“Disposición final tercera. Habilitación normativa.*

*Se habilita al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo de esta norma. En particular, se podrá regular:*

*b) La extensión del ámbito de aplicación a otros consumidores relacionados con el prestatario de contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria.”*

Prevista esta habilitación, cualquier intento de localizar en el Real Decreto este nexo común, esta situación de extraordinaria y urgente necesidad, resulta baldío por la sencilla razón de que no existe.

Así lo revela la lectura de esta Disposición, y del propio Preámbulo, que prácticamente otorga carta de naturaleza al uso del Real Decreto-ley como instrumento habitual y ordinario al que se ha acostumbrado a utilizar el Gobierno. Desde este punto de vista, el Real Decreto Ley 1/2017 se extralimita, yendo mucho más allá de “las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales” (STC 68/2007)<sup>4</sup> sin concretar ni delimitar la medida a la problemática concreta, coyuntural y no estructural, “fundamentación explícita y razonada de los motivos que llevan al Gobierno al optar por el uso de esta fuente del Derecho” (STC 332/2005, de 15 de diciembre, Fundamento Jurídico 6º)<sup>5</sup>.

Por los tanto, el Real Decreto Ley 1/2017 incumple el presupuesto de provisionalidad exigido por el Artículo 86 de la Constitución. Por un lado, la norma ha entrado en vigor antes de su ratificación por las Cortes, en el momento de su publicación en el BOE, desplegando sus efectos antes de su votación parlamentaria, puesto que muchas instituciones bancarias han comenzado a utilizar este procedimiento de negociación extrajudicial, aún sin la cobertura de la convalidación. Por otro lado, si atendemos al literal de la Disposición Final Tercera anteriormente citada, dicha previsión convierte al Real Decreto Ley en una norma de carácter general y permanente, y no solo eso, sino extensible a cualquier consumidor.

Dejando al margen otras calificaciones, podemos afirmar que con esta habilitación, se aborta totalmente la ya escasa de partida vocación de provisionalidad que debe inspirar la aprobación de un Real Decreto Ley, según su configuración constitucional.

En segundo lugar, tampoco concurre la nota de urgencia.

Sólo cabe su aprobación en circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad. No cabe más que una interpretación restrictiva, como ha señalado reiteradamente este Tribunal Constitucional. Es, en sus palabras, una habilitación “restrictiva y exigente, es decir, limitadora”; o dicho con las palabras del propio Tribunal “en todos aquellos casos en que hay que alcanzar

---

<sup>4</sup> Óp. Cit. 2

<sup>5</sup> Pleno del Tribunal Constitucional. Sentencia 332/2005, de 15 de diciembre de 2005. Recursos de inconstitucionalidad 5014-2000, 5053-2000, 5056-2000 y 5061-2000 (acumulados). Promovidos por los Gobiernos de la Generalidad de Cataluña, del Principado de Asturias, de Aragón y de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha frente a los artículos 7 y 8 y las disposiciones transitoria y final segunda del Real Decreto-ley 7/2000, de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones. Publicado en «BOE» núm. 10 Suplemento de 12 de enero de 2006.

los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta” (STC 6/1983)<sup>6</sup>.

La necesidad ha de ser apremiante, estar justificada y motivada y se ha de corresponder con las medidas que se adopten.

Y no cabe alegar como supuesto de excepcionalidad el gran número de afectados ni la posibilidad de colapso de la justicia, puesto que dado el tiempo transcurrido desde la Sentencia del Tribunal Supremo origen de este desaguado (STS de 9 de mayo de 2013) hasta la fecha, el ejecutivo y el poder judicial han tenido tiempo suficiente para subsanar cualquier eventualidad al respecto.

Al margen de que resulte más que dudoso que el sistema de condena en costas sirva, como pretende el Gobierno y así lo sostiene en el Preámbulo del texto, para reducir las demandas de consumidores afectados por las cláusulas suelo, es necesario recordar que desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11)<sup>7</sup>, el Gobierno ha realizado varias modificaciones legales al respecto.

De hecho, podría decirse que en cierto modo estas reformas legislativas han generado, precisamente, el incremento de la litigiosidad que ahora se presenta como una problema, por cuanto en ellas se abocó a los consumidores a la solución judicial como único mecanismo para encajar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13/CEE), y la doctrina del TJUE al marco jurídico español.

Como expone la doctrina del TC, no es el recurso de inconstitucionalidad el cauce para determinar la corrección técnico-jurídica de una medida legislativa, pero entendemos que sí resulta relevante valorar si el Gobierno, utiliza adecuadamente el Real Decreto Ley cuando tiene al alcance otros mecanismos administrativos para atender a la pretendida urgencia.

Entre las modificaciones introducidas recientemente, tras evidenciarse el desfase de la legislación española con respecto al marco europeo de protección al consumidor, se encuentra el Apartado 4º del Artículo 57 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante LDGCU), que regula los convenios arbitrales de consumo.

---

<sup>6</sup> Pleno del Tribunal Constitucional. Sentencia 6/1983, de 4 de febrero. Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 19 y 20 de 1982, promovidas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Albacete, en los Autos núms. 204 y 208 de 1981, instados por las Comunidades de Propietarios de los edificios núms. 27 y 37 de la avenida de España de dicha capital, en relación con la disposición transitoria segunda, letra b), del Real Decreto-ley de 20 de julio de 1979, sobre medidas urgentes de financiación de las Haciendas locales. Publicado en BOE núm. 58, de 09 de marzo de 1983.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, mediante auto de 19 de julio de 2011 recibido en el Tribunal de Justicia el 8 de agosto de 2011, en el procedimiento entre Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa).

El Sistema Arbitral de Consumo, cuya organización, gestión y administración se establece reglamentariamente por el Gobierno, es el mecanismo legal existente y vigente para resolver diferencias entre las entidades de crédito y los deudores hipotecarios. El Gobierno tenía a su alcance un mecanismo legal para atender las urgentes reclamaciones sobre las cláusulas suelo, sin embargo, el Gobierno decidió adoptar un nuevo mecanismo de reclamaciones a nivel extrajudicial, sin atender a la legislación vigente con anterioridad a la aprobación del RDL 1/2017.

Es más, resulta que este procedimiento de mediación encaja, precisamente, con la reciente reforma legal del artículo 395 LEC, incluida en la Disposición final tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que modifica la valoración de la temeridad y mala fe de la parte litigante. Según esta modificación se entenderá que existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra el demandado una solicitud de conciliación.

Con ello se evidencia que no está justificada la urgencia de la necesidad para introducir una modificación del sistema de condena en costas por vía excepcional, cuando el propio Gobierno desprecia sus propias competencias de intervención inmediata.

Asimismo, es claro que tampoco concurre la nota de excepcionalidad en los términos fijados por el Tribunal Constitucional, si tenemos en cuenta que la legislación hipotecaria española ha sufrido varios reveses en los últimos años por el TJUE, que ha advertido en diversas Sentencias, el desequilibrio grave que nuestra legislación genera en perjuicio de los consumidores, frente a la protección que la normativa europea dispensa a los mismos.

Y en este sentido se hace necesario recordar la especial protección que se dispensa en la normativa europea a los consumidores, así como en el Artículo 51 de la Constitución:

*“Artículo 51.1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.”*

Este principio de protección o de favor, se fundamenta en la falta de libertad inicial y consecuente del consumidor para poder enfrentarse al poder de los agentes económicos que imponen las condiciones de mercado. En el caso del mercado hipotecario, dejar sujeto al consumidor a los intereses privados de las entidades financieras, implica cosificarlo y convertirlo en verdadero objeto de derecho, disponible al mejor postor. Debemos concebir esta especial protección de manera análoga al fin tuitivo del derecho del trabajo.

Este principio de protección en favor del consumidor está recogido también por la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que establece en su Preámbulo, como verdad absoluta y punto de partida, que, “los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos”.

Por tanto, la urgencia viene de largo.



Por todo lo anteriormente expuesto, debemos preguntarnos, si con anterioridad al 20 de enero de 2017, fecha de publicación del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo:

- ¿Por qué no existió urgencia en defender a los consumidores cuando el TJUE dicta su Sentencia de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11) confirmando las deficiencias del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria español que se confiesa incapaz de facilitar las soluciones que la sociedad de nuestros días reclama?
- ¿Por qué no existió urgencia para el Gobierno para cumplir con las recomendaciones contenidas en la Sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 (asunto C-8/14)<sup>8</sup>?
- ¿Por qué no existió urgencia en preservar los derechos de los consumidores cuando el más alto tribunal cargaba contra la Disposición Adicional Cuarta de Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, al considerar que computar el plazo de un mes concedido para oponerse a las Ejecuciones Hipotecarias en curso, desde la publicación de la Ley en el BOE, era contraria al principio de efectividad cuando afecta a más de 439.111 procedimientos de ejecución hipotecaria en marcha (2009-2013), y en el pasado año 2016 con 72.941 procedimientos de ejecución hipotecaria, según datos del Consejo General del Poder Judicial<sup>9</sup>?
- ¿Por qué no existió urgencia cuando el TJUE declaraba, con rotundidad, que los miles de consumidores afectados que hay en nuestro país, no habían dispuesto de una oportunidad real para conocer la existencia de un plazo para hacer valer sus derechos en un proceso judicial en el que estaba en juego su vivienda habitual?

Dichos supuestos tienen mayor gravedad que el que pretende resolver el RD Ley recurrido, y sin embargo, no ha tenido ninguna respuesta hasta el punto de que ha quedado en el baúl de los recuerdos.

El texto del RDL 1/2017 únicamente obedece a intereses privados de las entidades financieras. Las previsiones que contiene no facilitan el mecanismo de defensa de los derechos de los consumidores, tal y como lo exigía la Sentencia del TJUE de 21 de Diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15)<sup>10</sup> que establecía:

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 29 de octubre de 2015, en el asunto C-8/14, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia no 4 de Martorell (Barcelona), mediante auto de 28 de octubre de 2013, recibido en el Tribunal de Justicia el 10 de enero de 2014, en el procedimiento entre BBVA, S.A., anteriormente Unnim Banc, S.A., y Pedro Peñalva López, Clara López Durán, Diego Fernández Gabarro.

<sup>9</sup> Consejo General del Poder Judicial. Estadística sobre Ejecuciones Hipotecarias. Fuente de consulta: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Estadistica-sobre-Ejecuciones-Hipotecarias/>

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Granada (C-154/15), mediante auto de 25 de marzo de 2015, recibido en el Tribunal de Justicia el 1 de abril de 2015, así como por la Audiencia Provincial de Alicante (C-307/15 y C-308/15), mediante autos de 15 de junio de 2015, recibidos en el Tribunal de Justicia el 1 de julio de 2015, en los procedimientos entre Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U. (asunto C-154/15), Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) (asunto C-307/15), Banco Popular Español, S.A., y Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu (asunto C-308/15).

*Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.*

*De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— 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, 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, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).<sup>11</sup>*

Por lo tanto, el RDL 1/2017 incumple el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad exigido por el Artículo 86 de la Constitución. Únicamente parece haberse apreciado por nuestro Gobierno la nota de urgencia solamente cuando se han visto en peligro los intereses privados de las entidades financieras y cuando las entidades financieras están perdiendo dinero en costas judiciales por su conducta contraria a cualquier buena práctica comercial. El Gobierno se ha olvidado de apreciar la verdadera situación de urgencia y necesidad que existía al momento de publicación de este RDL 1/2017: la falta de mecanismos legislativos que protejan y garanticen el derecho a una tutela judicial efectiva en favor de los consumidores – deudores hipotecarios.

## **2. Incumplimiento de la prohibición de afectación a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, según lo establecido por el artículo 86, en relación con el artículo 31.3 de la Constitución Española**

El RDL 1/2017 recurrido también incumple la prohibición de no afectación a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero el Artículo 86.1 CE.

Las materias enumeradas en este artículo delimitan negativamente el ámbito de regulación permitido a los Reales Decretos-Ley, puesto que prohíben la afectación a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero. Por lo tanto, está vedada al Real Decreto-ley las materias reservadas a la Ley Orgánica (en la medida en que no coincida su ámbito con las materias enumeradas en el artículo 86.1) por su procedimiento especial de aprobación.

---

<sup>11</sup> *Ibídem.*

Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional (STC 60/1986)<sup>12</sup> que señala que al invadir por medio de un Real Decreto-ley, la reserva de Ley formal, rebasando al tiempo los límites que, para los Reales Decretos-leyes, establece el art. 86.1, se trata de una infracción constitucional, que viene a conculcar un principio jurídico constitucional unitario que positivamente puede enunciarse como la necesidad constitucionalmente garantizada de que los derechos fundamentales se regule solamente por medio de Ley Orgánica formalmente aprobada por las Cortes Generales, es decir una norma más resistente a la derogación o modificación.

En concreto, en relación con las materias delimitadas, centrándonos en el presente supuesto, particular atención doctrinal y jurisprudencial ha merecido la utilización del Real Decreto-ley en materia tributaria.

El Tribunal Constitucional en su sentencia STC 6/1983<sup>13</sup> establece que está vedada al Real Decreto-ley modificar el deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas enunciado por el Artículo 31.1 CE. Según el TC, en una interpretación "equilibrada", el Real Decreto-ley no puede establecer, crear o implantar un nuevo tributo ni determinar los elementos esenciales del mismo.

*“...la Constitución establece, para el ejercicio de la potestad tributaria, una reserva de Ley, mientras que la forma y el rango de la norma cuestionada son los de un Real Decreto-ley, lo cual está constitucionalmente vedado por el art. 86 de la Constitución por afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución.”*

*(...) De este modo, nuestra Constitución ha adoptado una solución flexible y matizada respecto del fenómeno del Decreto-ley, que, por una parte, no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes, ni se limita a permitirlo en forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, entendiendo por tales aquellas en que puede existir un peligro inminente para el orden constitucional. Nuestra Constitución ha contemplado el Decreto-ley como un instrumento normativo, del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual, siempre que su utilización se realice bajo ciertas cautelas. Lo primero quiere decir que la necesidad justificadora de los Decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio*

---

<sup>12</sup> Pleno del Tribunal Constitucional. Sentencia 60/1986, de 20 de mayo, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 101/1983, interpuesto por don José María Ruiz Gallardón, comisionado por 54 Diputados, contra los arts. 1, 2, 3, apartados 1, 2, tercer párrafo, y 3; 4, 5, 6, apartado 2; 7, y Disposición final primera, apartado 1, del Real Decreto-ley 22/1982, de 7 de diciembre, sobre medidas urgentes de reforma administrativa. Publicado en el BOE núm. 141, de 13 de junio de 1986.

<sup>13</sup> Óp. Cit. 6. También puede observarse este criterio en: Pleno. Sentencia 182/1997, de 28 de octubre de 1997. Recursos de inconstitucionalidad 2.548/1992 Y 553/1993 (acumulados). Promovidos por más de 50 Diputados del Grupo Parlamentario Popular en relación, el primero, contra los Arts. 2 y 6.1 del Real Decreto-Ley 5/1992, de 21 de julio, de Medidas Presupuestarias Urgentes, que modificaron las escalas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para 1992 y la Prestación por Incapacidad Laboral Transitoria, respectivamente, y el segundo contra el Art. 2 de la Ley 28/1992, de 24 de noviembre de Medidas Presupuestarias Urgentes, de Modificación de las indicadas Escalas. Publicado en «BOE» núm. 285, de 28 de noviembre de 1997.

*de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.*

*(...) Además de ello, debemos señalar que no se violaron con la utilización del reseñado Decreto-ley los estrictos límites genéricos que el art. 86 contempla textualmente. Aunque el argumento ha sido esgrimido en el proceso de que esta cuestión de inconstitucionalidad dimana, no se puede decir que el Decreto-ley cuestionado afecte a lo que el art. 86 de la Constitución llama los «derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I», por el hecho de que en el referido Título I se encuentra el art. 31.1, según el cual -como anteriormente hemos visto- «sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley», pues ya hemos dicho que en el sistema constitucional español no rige de manera absoluta el principio de legalidad para todo lo atinente a la materia tributaria y que la reserva de Ley se limita a la creación de los tributos y a su esencial configuración, dentro de la cual puede genéricamente situarse el establecimiento de exenciones y bonificaciones tributarias, pero no cualquiera otra regulación de ellas, ni la supresión de las exenciones o su reducción o la de las bonificaciones, porque esto último no constituye alteración de elementos esenciales del tributo.»<sup>14</sup>*

Vulneraría por tanto el Artículo 86 CE cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario. Para examinar si ha existido afectación por el Decreto Ley de un derecho, deber o libertad regulado en el Título I CE no debe atenderse al modo como se manifiesta el principio de reserva de ley en una determinada materia, sino a la configuración constitucional del derecho o deber afectado en cada caso y a la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate (SSTC 182/1997, 137/2003<sup>15</sup>).

En el presente caso, la Disposición final primera del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo establece:

*Disposición final primera. Modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.*

*Con efectos desde la entrada en vigor de este real decreto-ley y ejercicios anteriores no prescritos, se añade una nueva disposición adicional cuadragésima quinta a la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, con la siguiente redacción:*

---

<sup>14</sup> Óp. Cit. 6

<sup>15</sup> Óp. Cit. 3. Esta sentencia también trata el problema de los límites normativos del Real Decreto-ley.

*«Disposición adicional cuadragésima quinta. Tratamiento fiscal de las cantidades percibidas por la devolución de las cláusulas de limitación de tipos de interés de préstamos derivadas de acuerdos celebrados con las entidades financieras o del cumplimiento de sentencias o laudos arbitrales.*

*1. No se integrará en la base imponible de este Impuesto la devolución derivada de acuerdos celebrados con entidades financieras, en efectivo o a través de otras medidas de compensación, junto con sus correspondientes intereses indemnizatorios, de las cantidades previamente satisfechas a aquellas en concepto de intereses por la aplicación de cláusulas de limitación de tipos de interés de préstamos.*

*2. Las cantidades previamente satisfechas por el contribuyente objeto de la devolución prevista en el apartado 1 anterior, tendrán el siguiente tratamiento fiscal:*

*a) Cuando tales cantidades, en ejercicios anteriores, hubieran formado parte de la base de la deducción por inversión en vivienda habitual o de deducciones establecidas por la Comunidad Autónoma, se perderá el derecho a practicar la deducción en relación con las mismas, debiendo sumar a la cuota líquida estatal y autonómica, devengada en el ejercicio en el que se hubiera celebrado el acuerdo con la entidad financiera, exclusivamente las cantidades indebidamente deducidas en los ejercicios respecto de los que no hubiera prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, en los términos previstos en el artículo 59 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, sin inclusión de intereses de demora.*

*No resultará de aplicación la adición prevista en el párrafo anterior respecto de la parte de las cantidades que se destine directamente por la entidad financiera, tras el acuerdo con el contribuyente afectado, a minorar el principal del préstamo.*

*b) Cuando tales cantidades hubieran tenido la consideración de gasto deducible en ejercicios anteriores respecto de los que no hubiera prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, se perderá tal consideración, debiendo practicarse autoliquidación complementaria correspondiente a tales ejercicios, sin sanción, ni intereses de demora, ni recargo alguno en el plazo comprendido entre la fecha del acuerdo y la finalización del siguiente plazo de presentación de autoliquidación por este Impuesto.*

*c) Cuando tales cantidades hubieran sido satisfechas por el contribuyente en ejercicios cuyo plazo de presentación de autoliquidación por este Impuesto no hubiera finalizado con anterioridad al acuerdo de devolución de las mismas celebrado con la entidad financiera, así como las cantidades a que se refiere el segundo párrafo de la letra a anterior, no formarán parte de la base de deducción por inversión en vivienda habitual ni de deducción autonómica alguna ni tendrán la consideración de gasto deducible.*

*3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será igualmente de aplicación cuando la devolución de cantidades a que se refiere el apartado 1 anterior hubiera sido consecuencia de la ejecución o cumplimiento de sentencias judiciales o laudos arbitrales.»*

En el precepto citado se establece una diferenciación entre los afectados que destinen las cuantías indebidamente percibidas por la entidad financiera, a minorar el préstamo hipotecario, y los afectados que dispongan libremente de dicha cantidad, en perjuicio de estos últimos. De hecho, los deudores hipotecarios que reciben cantidades por la devolución de cláusulas suelo derivadas de acuerdos celebrados con entidades financieras, están obligados por esta norma a pagar el correspondiente impuesto a la renta, y pueden perder los beneficios tributarios por la deducción por inversión en vivienda habitual o de deducciones establecidas por las Comunidades Autónomas, alterando materias de reserva autonómica.

La norma plantea dos alternativas claras para las cantidades que recibe un deudor hipotecario por la devolución de cláusulas suelo: destinar tales cantidades a minorar el principal del préstamo y no pagar impuesto a la renta por ellas, o disponer libremente de estas cantidades y pagar el impuesto a la renta correspondiente. Por lo tanto la norma condiciona económicamente al deudor hipotecario, y establece un incentivo fiscal que prácticamente lo obliga a invertir tales cantidades en minorar el monto principal del préstamo. Adicionalmente, para que los contribuyentes se puedan acoger a este beneficio, la disposición obliga a realizar esta operación “directamente por la entidad financiera, tras el acuerdo con el contribuyente afectado”, es decir que ni siquiera existe una devolución real del dinero, sino una mera transacción contable.

Recordemos en primer lugar, que se trata de cuantías que los afectados nunca debieron haber abonado, y que destinarlo nuevamente a amortizar la hipoteca implica que la entidad financiera no solo no sufre consecuencia alguna por haber insertado una cláusula abusiva - por ende nula en el contrato- sino que además, esta disposición legal que le permite beneficiarse de una amortización anticipada del préstamo hipotecario. Por tanto, es claro que a través de este trato beneficioso, el Gobierno promueve indirectamente, que la entidad financiera no se vea perjudicada por su actitud contraria a las buenas prácticas.

Debemos recordar que el TJUE en su Sentencia de 21 de Diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15)<sup>16</sup> interpretó el artículo 6.1 de la Directiva 13/1993, y estableció que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Según el TJUE debe interpretarse en el sentido de que una “cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor” y, por lo tanto, la declaración del carácter abusivo de tal cláusula tendrá como consecuencia “el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula”. El TJUE ha aclarado que la no vinculación que impone el art. 6.1 de la directiva 13/1993 de las cláusulas declaradas abusivas, no lo es solamente a futuro (ex nunc), sino que lo es también respecto de los efectos ya consumados (ex tunc) y que ninguna relevancia tiene la utilización de un tiempo futuro “no vincularán” en la literalidad del art. 6.1 de la Directiva 13/1993, sino que se beneficie, e impone al consumidor una vinculación respecto a la cláusula abusiva contraria a lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Este principio de no vinculación obliga a que las cláusulas abusivas reconocidas como tales por las entidades financieras, dentro del procedimiento extrajudicial que regula este RDL 1/2017, no tengan ninguna consecuencia sobre el consumidor – deudor hipotecario. Sin embargo, la Disposición final primera del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de

---

<sup>16</sup> Óp. Cit. 6.

protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, incumple con este principio, puesto que de manera indirecta perpetúa los efectos perjudiciales de una cláusula abusiva. Si bien las cantidades indebidas por la cláusula suelo le son devueltas al deudor hipotecario, estas mismas cantidades no son de libre y plena disposición del deudor hipotecario, sino que existe un “incentivo fiscal” que indirectamente le obliga a reinvertirlas en la entidad financiera (acreedor hipotecario) para “minorar el principal del préstamo”, porque de lo contrario deberá enfrentarse a la situación de un posible aumento de lo que deberá ingresar a la Agencia Tributaria por el pago del Impuesto a la Renta de Personas Físicas.

A mayor abundamiento, la Disposición Adicional segunda sobre “medidas compensatorias distintas de la devolución en efectivo” contraviene expresamente la restitutio in integrum que regula el artículo 1303 del Código Civil “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.”, en la misma medida que los argumentos sobre la inconstitucionalidad anteriormente expuestos.

Finalmente debemos recordar que la introducción de este incentivo fiscal en la Disposición final primera, supone regular una materia tributaria, como es la determinación de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que según lo dispuesto en el artículo 31.3 en concordancia con el artículo 86 de la Constitución, corresponde al desarrollo de una ley y por lo tanto, está vedada a la regulación por Real Decreto-ley.

Sobre el respeto del principio de reserva de ley en los casos de regulación de materias que no corresponde al Real Decreto-ley, se pronunció el Magistrado don Rafael Gómez-Ferrer Morant, en su Voto particular que formuló, a la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 6/1983, de la siguiente manera:

*En efecto, el art. 86 de la Constitución establece que los Decretos-leyes «no podrán afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I». Deberes entre los que se encuentra el de contribuir a los gastos públicos, de acuerdo con los criterios que indica el párrafo primero del art. 31, el cual determina también en su núm. 3 que sólo podrán establecerse prestaciones personales y patrimoniales con arreglo a la Ley.*

*Pues bien, cuando el Estado concede un beneficio tributario por un plazo determinado, mediante un acto concreto, fija el alcance del deber tributario del destinatario durante el tiempo de duración del beneficio. Su deber de contribuir queda limitado en relación al de los demás, en la cuantía del beneficio concedido y por el plazo otorgado, por lo que resulta claro que la disposición transitoria cuestionada al incidir sobre beneficios fiscales ya reconocidos en virtud de actos concretos (no por tanto, en simples expectativas de que se mantenga la legislación), afecta a los deberes tributarios a que se refiere el art. 31 de la Constitución, y en consecuencia vulnera los límites de su art. 86 e incurre en una inconstitucionalidad formal, sin que exista un precepto específico en la propia Constitución que permita sostener una excepción en materia tributaria. Por ello no puedo compartir el parecer mayoritario (Fundamento jurídico sexto de la Sentencia) de que «no se violaron con la utilización del reseñado Decreto-ley los estrictos límites genéricos que el art. 86 contempla textualmente».*

*Por lo demás, no puede ignorarse la trascendencia de la disposición transitoria cuestionada en cuanto refleja un criterio de actuación que puede incidir en la confianza de los ciudadanos en el Estado. (...) Medida tan importante excede a mi juicio del posible ámbito del Decreto-ley, de acuerdo con el art. 86.1, de la Constitución, que prohíbe expresamente que el mismo afecte a los deberes de los ciudadanos a que se refiere su título I.*

Por lo tanto, el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, incumple la prohibición de afectación a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Española, puesto que permite que asuntos de índole tributario, cuya tratamiento está reservado a la ley, sean modificados por un Real Decreto-ley, estableciendo incentivos tributarios que pueden perjudicar a los deudores hipotecarios en incumplimiento del principio de no vinculación establecido por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

### **3. Falta de cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

#### **a. Justificación**

En el Apartado II del Preámbulo del RDL 1/2017 recurrido se fundamenta la razón de ser de esta norma y se establece como primer motivo el reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15)<sup>17</sup>.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve varias cuestiones prejudiciales que le plantea un juzgado de lo mercantil de Granada (aunque las cuestiones prejudiciales al respecto fueron muchas más y por más juzgados y tribunales) a raíz de la postura del Tribunal Supremo respecto de la limitación de la retroactividad de la abusividad de las cláusulas suelo. El texto de la sentencia establece que:

*23 A este respecto, tras recordar que, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, debía considerarse que las cláusulas en cuestión no habían surtido efecto alguno, el Tribunal Supremo declaró que, no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, esta eficacia no podía ser impermeable a los principios generales del Derecho y, entre ellos, de forma destacada, al principio de seguridad jurídica.*

*24 El Tribunal Supremo declaró que las cláusulas suelo eran lícitas en cuanto tales; que respondían a razones objetivas; que no se trataba de cláusulas inusuales o extravagantes; que su utilización había sido tolerada largo tiempo por el mercado de*

---

<sup>17</sup> Óp. Cit. 9



*préstamos inmobiliarios; que la nulidad de las mismas derivaba de una falta de transparencia debido a la insuficiencia de la información a los prestatarios; que las entidades crediticias habían observado las exigencias reglamentarias de información; que la finalidad de la fijación del tope mínimo respondía a la necesidad de mantener un rendimiento mínimo de los referidos préstamos hipotecarios que permitiera a las entidades bancarias resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; que las cláusulas suelo se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos; que la legislación española permitía la sustitución del acreedor, y que la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas en cuestión generaría el riesgo de trastornos económicos graves.*

*25 En consecuencia, a la luz de las mencionadas consideraciones, el Tribunal Supremo, con fundamento en el principio de seguridad jurídica, limitó la eficacia temporal de su sentencia y dispuso que ésta sólo surtiría efectos a partir de la fecha de su publicación, declarando que la nulidad de las cláusulas suelo controvertidas no afectaría a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes del 9 de mayo de 2013, de manera que tan sólo deberían restituirse las cantidades indebidamente pagadas, sobre la base de tales cláusulas, con posterioridad a aquella fecha.*

*– Sentencia Nº 139/2015, de 25 de marzo de 2015*

*26 En la sentencia Nº 139/2015, de 25 de marzo de 2015 (en lo sucesivo, «sentencia de 25 de marzo de 2015»), el Tribunal Supremo confirmó la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo en el marco de la demanda individual de un consumidor que reclamaba la restitución de las cantidades indebidamente pagadas sobre la base de una cláusula de este tipo. Al proceder de esta manera, el Tribunal Supremo hizo extensiva a las acciones individuales de cesación y de reparación la solución adoptada anteriormente por la sentencia de 9 de mayo de 2013 en lo relativo a las acciones colectivas de cesación. Así pues, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 25 de marzo de 2015, la obligación de restitución se limitó exclusivamente a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013.*

En virtud de este análisis, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fundamenta su fallo de la siguiente manera:

*73 De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— 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, 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, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).*

*74 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, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).*

*75 De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios 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.*

Como podemos observar del razonamiento del TJUE, lo que hace esta sentencia es resolver una grave situación de conflicto en la aplicación entre resoluciones de distintos órganos jurisdiccionales (Tribunal Supremo y Tribunal de Justicia de la Unión Europea) sobre normas que afectan al derecho comunitario tuitivo de los consumidores.

Esta situación no sólo afecta a la seguridad jurídica, sino a los derechos fundamentales que tienen los consumidores, a un proceso con todas las garantías y a un juez imparcial, según lo determina el artículo 24.2 CE. Adicionalmente, en la aplicación de la Ley se ha llegado incluso a dar una situación de INDEFENSIÓN y de vulneración del derecho fundamental a la igualdad establecido por el artículo 14 CE, por las consideraciones que tiene este colectivo en la reclamación de sus derechos. Como Derecho Fundamental, los consumidores lo tienen reconocido en el artículo 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.<sup>18</sup>

Debemos entender que el Real Decreto-Ley 1/2017 recurrido (junto a la otra causa que alega sobre evitar las consecuencias de política jurídico-procesal por el previsible incremento del

---

<sup>18</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). Artículo 38. Protección de los consumidores: Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores.

número de demandas que se presenten ante los juzgados y tribunales españoles<sup>19</sup>) intenta cumplir con las disposiciones contenidas en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin embargo, no logra esta norma dar una solución procesal a la propia situación creada por la deficiencia normativa española y por la actitud de soberbia jurisdiccional del Tribunal Supremo y su afán de proteger el statu quo en esta materia.

## **b. Planteamiento**

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) establece en su artículo 267 que:

*“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados.”*

Las cuestiones prejudiciales se resuelven, según el reglamento de funcionamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante Sentencia.

Según el artículo 280 TFUE *“las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el artículo 299”*. Por su parte, el artículo 299 TFUE dispone que:

*La ejecución forzosa se regirá por las normas de procedimiento civil vigentes en el Estado en cuyo territorio se lleve a cabo. La orden de ejecución será consignada, sin otro control que el de la comprobación de la autenticidad del título, por la autoridad nacional que el Gobierno de cada uno de los Estados miembros habrá de designar al respecto y cuyo nombre deberá comunicar a la Comisión y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

*Cumplidas estas formalidades a instancia del interesado, éste podrá promover la ejecución forzosa conforme al Derecho interno, recurriendo directamente al órgano competente.*

*La ejecución forzosa sólo podrá ser suspendida en virtud de una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante, el control de la conformidad a Derecho de las medidas de ejecución será competencia de las jurisdicciones nacionales.*

---

<sup>19</sup> Preámbulo del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, Apartado III.

El Tribunal Constitucional ha reconocido la primacía del derecho comunitario (entre otros pronunciamientos, a destacar la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre<sup>20</sup> y las recientes sentencias de ese Tribunal 215/2014<sup>21</sup> de 18 de diciembre y 232/2015<sup>22</sup> de 5 de noviembre).

De esta manera, el derecho nacional debería disponer de un mecanismo de ejecución de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en especial, cuando afectan al cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE porque todavía quedan sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sin ejecutar (v.g.: STJUE de 29 de octubre de 2015, asunto C-8/14<sup>23</sup>) generándose en estos casos situaciones de discriminación en los derechos reconocidos a los consumidores por el alto tribunal comunitario.

El recientemente introducido artículo 4 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) supone una trasposición incompleta del artículo 267 TFUE, en cuanto a la necesidad de plantear cuestiones prejudiciales y una deficiente trasposición del artículo 280 en relación al artículo 299 TFUE en cuanto a la efectividad de la ejecución de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como de la Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978, asunto C-106/77<sup>24</sup>, cuando dispone que:

*“Los Jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional”.*

---

<sup>20</sup> Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004. Formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. Primacía del Derecho comunitario y alcance de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Votos particulares. Publicado en BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005.

<sup>21</sup> Pleno Tribunal Constitucional. Sentencia 215/2014, de 18 de diciembre de 2014. Recurso de inconstitucionalidad 557-2013. Interpuesto por el Gobierno de Canarias en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Reserva de ley orgánica; principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y autonomía financiera, prórroga presupuestaria: constitucionalidad de los preceptos legales que establecen el régimen jurídico de cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Publicado en «BOE» núm. 29, de 3 de febrero de 2015

<sup>22</sup> Pleno Tribunal Constitucional. Sentencia 232/2015, de 5 de noviembre de 2015. Recurso de amparo 1709-2013. Promovido por don Epifanio Quirós Tejado respecto de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmatoria de la resolución administrativa de denegación del reconocimiento de los sexenios solicitados. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: infracción del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea al inaplicar una Directiva sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial en un supuesto idéntico al resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Lorenzo Martínez (STC 145/2012). Publicado en «BOE» núm. 296, de 11 de diciembre de 2015.

<sup>23</sup> Óp.- Cit. 8

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 9 de marzo de 1978, en el asunto 106/77, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, por el Pretore de Susa (Italia), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Amministrazione delle Finanze dello Stato y SpA Simmenthal.

Efectivamente, dicho artículo establece en su apartado 1 que “Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, pero dicho artículo sólo comprende los efectos de interpretación (no de la sentencia, sino de la normativa que interpreta la jurisprudencia comunitaria) sin que el ordenamiento nacional disponga todavía de ninguna disposición ejecutiva al respecto.

Esa carencia se traslada a la necesidad de que el legislador (en este caso a través de la vía del Real Decreto-ley) realice improvisadamente y sin contemplar todas las consecuencias, reformas aceleradas para subsanar los defectos corregidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los temas que le puedan causar mayor presión social y permita que el Tribunal Supremo realice interpretaciones arbitrarias de la norma comunitaria que introducen una grave inseguridad jurídica y no respetan en nada el principio de jerarquía normativa.

Y en el presente caso, el RDL 1/2017 recurrido manifiesta esa carencia y viene a poner en evidencia dos graves problemas:

- i. La falta de mecanismos de control de cumplimiento de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que pueden derivar en sanciones al Estado Español, con lo que se produciría una grave afectación a la economía nacional y en especial cuando se ha modificado el artículo 135.2 CE.
- ii. La excesiva relevancia que se está dando a las resoluciones del Tribunal Supremo en relación a materias que no le competen, de manera que en la práctica y respecto del resto de juzgados y tribunales está actuando como legislador “in pectore” alterando la distribución de competencias y la separación de poderes del Estado.

El artículo 123 CE declara que: “El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en garantías constitucionales”. A esta limitación sobre la función jurisdiccional en lo dispuesto a las garantías constitucionales, debe añadirse la limitación que introduce el artículo 267 TFUE<sup>25</sup>, que le impide

---

<sup>25</sup> Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Artículo 267 (antiguo artículo 234 TCE):

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

al Tribunal Supremo realizar funciones de interpretación del derecho comunitario, aunque se considere derecho interno del Reino de España.

El artículo 1.6 del Código Civil considera que “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.” Por lo tanto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo NO ES FUENTE DE DERECHO, sino que tiene las mismas funciones que el Tribunal Constitucional respecto de la interpretación de las garantías constitucionales. Por el contrario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación al derecho comunitario, es FUENTE DE DERECHO DEL DERECHO COMUNITARIO para el resto de los juzgados y tribunales de justicia de todos los Estados Miembros.

Las sentencias del Tribunal Supremo se vienen aplicando en la práctica judicial como si fuera una norma IMPERATIVA, de la misma manera que debería ser interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que en la práctica constituye UNA ELECCIÓN ARBITRARIA DE LA NORMA DE CADA TRIBUNAL O JUZGADO, con una grave diferencia: así como se tiene clara la prevalencia de la normativa comunitaria sobre la nacional, los juzgados y tribunales españoles (por la fuerza de la práctica habitual) todavía dan más valor a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (muchas veces por su desconocimiento) a pesar de que ésta tiene reconocida la prevalencia imperativa en la interpretación de la norma comunitaria. Esta capacidad interpretativa DEBERÍA SER SOBRADAMENTE CONOCIDA POR LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES ESPAÑOLES Y NO DISTORSIONADA POR LAS INTERVENCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO que, como en el presente caso, se tienen que corregir las consecuencias con graves carencias como a continuación se detalla.

De este modo llegamos a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 Nº 241/2013<sup>26</sup> a la que hace referencia el Apartado II del preámbulo del RDL 1/2017, de 20 de enero y cuyo pronunciamiento sobre la abusividad de las denominadas “cláusulas suelo” se realizó inmediatamente después de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11)<sup>27</sup>, donde el citado Tribunal de Justicia de la Unión Europea dio los criterios de interpretación de la abusividad de las cláusulas aplicadas a consumidores.

**c. Sobre la Sentencia del Tribunal Supremo y la cuestión prejudicial que dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 Y C-308/15)**

Quizá por querer tomar protagonismo frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea o por mantener un rango de intérprete supremo de toda norma en España (incluso la que no le corresponde), el Tribunal Supremo dictó con precipitación y gran extensión la citada Sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, de manera que estableció los criterios de transparencia que deben tener las cláusulas no negociadas con los consumidores como si fueran una novedad.

---

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 241/13, Sala de lo Civil de 9 de mayo. Nulidad Clausulas Suelo.

<sup>27</sup> Óp. Cit. 7.

Dichos criterios, que el Tribunal Supremo vende como novedosos no son más que una transcripción de lo dispuesto en el considerando 19º de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que establece que:

*“Considerando que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor”*

El Tribunal Supremo luego amplía los criterios de transparencia de las cláusulas abusivas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, Nº 464/2014 en su FJ SEGUNDO, apartado 8 cuando señala que:

*“(…) no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada.”*

Pero en este aspecto tampoco el Tribunal Supremo es novedoso, por cuanto lo hace en consonancia con la doctrina jurisprudencial expuesta en el propio Tribunal y conforme con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, (asunto C-26/13).

No obstante esa sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 se dictó provocando dos graves consecuencias:

- i. Establecer una limitación temporal a los efectos de la declaración de la abusividad de una cláusula, interpretada al amparo de la Directiva 93/13/CEE, de manera que ese límite temporal lo fijó en la fecha de la propia Sentencia: no tendría efectos retroactivos al 9 de mayo de 2013.
- ii. Justificar esa limitación de los efectos de la retroactividad con argumentos extrajudiciales en los siguientes apartados:

*293. k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas*

*294. Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.*

Este segundo argumento fue corregido por la Sentencia del propio Tribunal Supremo de fecha 25 de marzo de 2015, Nº 139/2015, en su FJ SEXTO al reconocer que:

*Por último, y en tercer lugar, lo que resulta inasumible, por muchos "círculos" que se quieran realizar, es que el principio de buena fe, dispuesto al servicio o tuición del consumidor adherente, opere en contra del mismo incluso sobre aspectos o ámbitos de la relación negocial predispuesta con anterioridad a la citada fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, caso del efecto devolutivo de los intereses pagados con anterioridad a dicha fecha por el consumidor adherente, y con independencia de proceso judicial alguno al respecto; de forma que se produce la "cuadratura del círculo" al dictar una sentencia creadora de una auténtica norma general, con carácter retroactivo, y sin cobertura legal para ello.*

Este incumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el Tribunal Supremo se hace de forma consciente, tal como razona la Sentencia Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, Nº 139/2015, en su FJ SÉPTIMO al señalar que:

*Por último, debe señalarse que la presente sentencia al declarar la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, declaración que se realiza de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación, opera, de modo material, una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 14 junio 2012 (TJCE/2012/143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 marzo de modificación del Texto refundido 1/2007), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia pues en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas.*

*Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la*



*restitución de dichas cantidades con carácter "ex tunc", esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no descrita su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva.*

En definitiva, la Sentencia del Tribunal Supremo en su apartado 300 viene a considerar que:

*Sin embargo, tal proyección erga omnes exige tener en cuenta que la EM LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que "(e)n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora", y en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos.*

**d. Implicaciones que tiene el Real Decreto-ley impugnado en la sentencia del Tribunal Supremo corregida por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

En el Preámbulo de la norma recurrida se justifica la razón de regular esta materia en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que corrige la Sentencia del Tribunal Supremo. Bajo la justificación de hacerlo por la vía de urgencia, para evitar el colapso de los juzgados, este RDL 1/2017 sustituye la intervención de éstos por un mecanismo que deja en manos de las entidades financieras la función que debería corresponder al Estado.

A tal efecto el RDL 1/2017 recurrido, en lugar de proceder a una revisión procesal que permita rectificar los efectos negativos que ha producido la interpretación restrictiva de la mala jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la nulidad de la cláusula suelo, con la trasposición de la referida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al derecho nacional con mecanismos de revisión de las sentencias que al amparo de la del Tribunal Supremo hubieran limitado sus efectos al 9 de mayo de 2013, ha optado por la solución práctica respecto de la previsible acumulación de procedimientos judiciales en reclamación del dinero indebidamente cobrado por las cláusulas suelo.

Esto es: HA PRIMADO SOLUCIONES DE POLÍTICA JUDICIAL A LOS DE CUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL COLECTIVO DE CONSUMIDORES. Se ha mirado al ombligo en lugar de mirar adelante.

Se trata, por tanto, de un parcheado a total conveniencia de la parte que según la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene la prevalencia, el profesional, en este caso, las entidades bancarias.

A tal efecto deja en manos de las entidades de crédito:

- El traslado de la información al consumidor de esta norma, como en el caso del artículo 5.9 del Código de Buenas Prácticas<sup>28</sup> que en la práctica NUNCA SE HA LLEVADO A TÉRMINO.
- La determinación de la existencia de la cláusula suelo (lo que implica una confesión de la entidad sobre la misma y sus consecuencias, que no todas estarán dispuestas a hacer), CUANDO LA FUNCIÓN SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LA ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA ESTÁ RESERVADA A LOS TRIBUNALES. Alguna entidad ya ha publicado que no piensa aceptar ninguna cláusula suelo abusiva, en un claro desafío a la norma.
- La determinación del importe que supuestamente ha cobrado en aplicación de dicha cláusula desde que se aplicó en la práctica, LO QUE SUPONE LA DETERMINACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA ABUSIVIDAD, QUE TAMBIÉN ES FUNCIÓN RESERVADA A LOS TRIBUNALES.
- El establecimiento de los mecanismos de resolución de las reclamaciones, LO QUE SUPONE UNA DELEGACIÓN REGLAMENTARIA QUE LA CONSTITUCIÓN RESERVA A LA ADMINISTRACIÓN en el artículo 97 CE.
- La posibilidad de ofrecer medidas compensatorias distintas de la devolución de los importes indebidamente cobrados, OTRA POSIBILIDAD DE MODERACIÓN DE LOS EFECTOS, respaldada por diferencias en el trato fiscal.

Estas disposiciones no dan solución al problema que dicho Real Decreto-Ley pretende solucionar: evitar el colapso de los órganos judiciales, porque en ningún momento se imponen medidas coercitivas por el incumplimiento, sólo un PREMIO A LA POSIBILIDAD DE SOLUCIONAR EL PROBLEMA DE FORMA CORRECTA CON LA NO IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES, medida ya establecida en el sistema procesal español en los artículos 394.1 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) cuando el juzgador puede no conceder las costas procesales al reclamante en caso de dudas de derecho o cuando exista un allanamiento Y SIN QUE NADIE CONTROLE SI SE DAN NUEVOS ABUSOS EN ESTA SOLUCIÓN.

¡Qué diferencia con la celeridad con que se le solucionan los problemas contractuales administrativos a determinadas empresas!

Y ¿qué le queda al consumidor?

- Esperar a que la entidad financiera instituya un mecanismo alternativo de solución extrajudicial.
- Hacer una liquidación alternativa (lo que implica trasladarle la carga de la prueba de que la liquidación de la entidad bancaria está mal hecha, con los consiguientes costes periciales).

---

<sup>28</sup> Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

- No aceptar la vía amistosa y acudir a los tribunales con la pérdida de las costas procesales.
- Ver cómo de forma implícita se le modifica el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, reduciéndose el concepto de consumidor a persona física.

Por lo tanto, quien ha hecho el daño (la entidad financiera que impuso la cláusula abusiva) obtiene de la norma impugnada el premio de evitar las costas de la reclamación con una solución que el consumidor tiene muy difícil discutir al margen de la que le proponga la entidad financiera.

Este mecanismo de solución extrajudicial supone además la paralización transitoria de toda reclamación en curso o que se vaya a iniciar sin haber resuelto sobre la abusividad de la cláusula suelo, camuflada bajo el “mutuo acuerdo de las partes”, de manera que el consumidor que ha tenido que interponer la acción de reclamación puede ver que se le priva de la condena en costas con un allanamiento de la entidad bancaria que le ha llevado a dicha situación.

Finalmente quedan sin resolver aquellas situaciones en las que los consumidores que han tenido un reconocimiento firme de la devolución desde el 9 de mayo de 2013 por la abusividad de la cláusula quieren reclamar la devolución desde el inicio de la aplicación de la cláusula suelo.

De momento el propio Tribunal Supremo cuya doctrina ha generado todo está disparatada situación ya se ha pronunciado en Auto de fecha 4 de abril de 2017, recaído en recurso de revisión 7/2017, que amparándose ahora en otra jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la importancia del principio de cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, pues garantiza tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, no permite la revisión de las sentencias firmes que hubieran reconocido la abusividad de la cláusula suelo pero con limitación de efectos al 9 de mayo de 2013. Esto es: QUIEN HA GENERADO LA INSEGURIDAD JURÍDICA, AHORA SE ACOGE A LA SEGURIDAD JURÍDICA PARA NO REPARAR EL DAÑO. En el mercado de las seguridades “SEGURIDAD JURÍDICA VENDO, PERO PARA EL CONSUMIDOR, NO TENGO” y a la finalidad de que PARA EVITAR QUE SE COLAPSE LA JUSTICIA CON RECLAMACIONES DE LOS CONSUMIDORES, PONERLO CARO PARA ELLOS.

Esto supone otra vulneración de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, y por extensión, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a un proceso con todas las garantías y del derecho a la igualdad en la aplicación del derecho del artículo 14 CE, con la paradoja de quien ha visto reconocida la abusividad de una cláusula suelo en sentencia firme aplicando una mala doctrina jurisprudencial nacional está en peor situación que quien no ha actuado todavía contra dicha cláusula precisamente por la propia actitud de quien ha provocado la limitación de efectos.

La negación de la vía del recurso de revisión a las sentencias afectadas por la por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y limitando los efectos de esta vía revisora sólo a las dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) supone vulnerar

el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a un proceso con todas las garantías y al derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley. ¿Por qué no se aprovechó la reforma del artículo 510 de la LEC para ampliarlo a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea?

¿Es que las sentencias del TEDH tienen mayor rango que las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que a éstas se les aplique el principio de cosa juzgada y a aquéllas no?

#### **e. Consecuencias del Real Decreto-Ley 1/2017 recurrido frente a los derechos fundamentales**

De los argumentos anteriormente descritos se expone claramente la vulneración de derechos fundamentales de los ciudadanos cuando actúan sujetos a normas comunitarias como en el caso de los consumidores, donde está reconocida la primacía del derecho comunitario.

Esta norma no resuelve las carencias de la aplicación de una resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que interpreta el derecho comunitario y cuyos efectos “ex tunc” sólo dicho Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede señalar.

La norma recurrida traspone de forma insuficiente e indebida la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, en relación a los efectos de la declaración de abusividad y los efectos de la reparación de las cláusulas suelo, dejando en manos de las propias entidades que han impuesto dichas cláusulas abusivas la gestión de su reconocimiento, de los importes de su aplicación y de la forma de su devolución, de manera que UNOS PARTICULARES REALIZAN UNA FUNCIÓN RESERVADA A LA ADMINISTRACIÓN con una clara vulneración del artículo 97 CE.

No se realiza ninguna modificación de la norma procesal para cumplir los dictados de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo que los que podrían aplicarse por extensión con la norma nacional (recurso de revisión) se han negado expresamente por quien ha generado la situación de inseguridad jurídica, el Tribunal Supremo. De esta manera se confirma que los ciudadanos que ven reconocido su derecho por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea NO DISPONEN DE UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS PARA QUE SE CUMPLA CON ESE RECONOCIMIENTO, y la ausencia de norma es una vulneración del referido derecho fundamental. Y si no que se lo pregunten al Sr. Aziz.

Se da una derogación parcial e implícita de los artículos 394 y 395 LEC sobre la condena en costas, premiando a quien ha incumplido la norma comunitaria con la imposición de cláusulas abusivas en perjuicio de quien ha tenido que acudir a los tribunales a reclamar de su derecho de manera que la reparación, al menos en este punto, para el consumidor ES INCOMPLETA. La privación de las costas supone una vulneración a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE porque al consumidor siempre le cuesta algo: o tiempo o dinero, lo que le puede apremiar a tener que elegir por la solución que le presente la entidad financiera a su conveniencia.

Un consumidor no puede verse compelido por el sistema procesal a tener que elegir. En materia de préstamos hipotecarios ¿se le obliga a elegir a la entidad financiera con la privación de las costas de la ejecución si no acude al Código de Buenas Prácticas?

- 4. Inconstitucionalidad del Art. 3 apartado 2 del RDL 1/2017 por la vulneración de los arts. 9, 10, 14, 24, 51 y 96 de la Constitución, y por la vulneración de la tutela judicial efectiva y derecho a un proceso con todas las garantías, en condiciones de igualdad, de los consumidores frente a los profesionales bajo el principio de *pro consumatore* establecido por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.**

**a. Marco jurídico**

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

*Artículo 2. Ámbito de aplicación.*

*Se entenderá por consumidor cualquier persona física que reúna 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 aprobado por real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.*

*Artículo 3. Reclamación previa.*

*1. Las entidades de crédito deberán implantar 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 de este real decreto-ley. Las entidades de crédito deberán garantizar que ese sistema de reclamación es conocido por todos los consumidores que tuvieran incluidas cláusula suelo en su préstamo hipotecario.*

*2. 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; en ese desglose la entidad de crédito deberá incluir necesariamente las cantidades que correspondan en concepto de intereses. En el caso en que la entidad considere 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.*

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, determina que:

*Artículo 5.*

*En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva.*

## **b. Situación denunciada**

No es admisible que la propia entidad bancaria sea la que valore y considere si la cláusula suelo es abusiva y que se la que decida sobre la procedencia o improcedencia de la devolución de las cantidades apropiadas indebidamente en concepto de cláusulas suelo.

Esta disposición está limitando expresamente el derecho de defensa del consumidor afectado, puesto que, el propio procedimiento de devolución puede constituirse en un nuevo abuso, mediante el cual el deudor hipotecario queda sometido a la voluntad de la entidad financiera durante el proceso extrajudicial que plantea este RDL.

Asimismo, al no haber un tercero ajeno al contrato de adhesión (préstamo hipotecario), para decretar que no cabe el reintegro de esas cantidades cobradas indebidamente por la entidad bancaria, se genera una situación en la que la propia entidad de crédito es quien asume esa capacidad de decisión durante el período de Reclamación previa. La facultad para decidir que tienen las entidades de crédito, bajo este RDL 1/2017, contraviene expresamente el principio de igualdad establecido en la Constitución española, en tanto, que el prestamista hipotecario sigue siendo la parte fuerte del contrato de adhesión frente al prestatario (parte débil).

La Constitución española en sus art. 9 consagra los principios de legalidad y jerarquía normativa:

### *Artículo 9.*

*1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.*

*2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

*3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

Al respecto de estos principios se ha pronunciado el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas en su voto particular, a propósito de la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004<sup>29</sup>, que sostiene que:

---

<sup>29</sup> Voto particular que formuló el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la DECLARACIÓN del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004.

*El art. 9.1 CE ha sido reconocido por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica forense, como la expresión del principio de seguridad jurídica, que se asienta en el respeto a la jerarquía normativa, de manera que resulta fundamental la ausencia de dudas razonables sobre que normas tienen prevalencia sobre otras y sobre todas ha de estar la Constitución de España, como ha declarado este Tribunal. Pues bien, esa prevalencia (que es el concepto y la palabra más comúnmente usados) va a quedar desplazada - aunque solo sea en las cuestiones que afecten al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea- por la Constitución y el Derecho europeos, quebrando la que, de otro modo, sería absoluta e indiscutible prevalencia de la Constitución Española sobre cualquier otra norma jurídica. Situación a la que tal vez sea inevitable llegar para alcanzar plenamente la deseada unión de Europa, pero no debe discurrir por más camino que el de las propias normas jurídicas, incluidas las de nuestra Constitución. Dejando las cosas así, es decir, declarando que no existe contradicción, los ciudadanos y los poderes públicos españoles, cuando se encuentren con una norma del derecho europeo que contradiga preceptos de nuestra Constitución, se verán en la disyuntiva de faltar al mandato constitucional interno, inaplicar la norma europea o bien -en el caso de nuestro tribunales ordinarios- plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante nosotros o la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, situación que, cualquiera que sea la probabilidad y frecuencia con que pudiera producirse, constituye un grave quebranto de la seguridad jurídica, un peligro que no puede negarse, que no es razonable correr, ni conjurar recurriendo a la posible intervención posterior del Tribunal Constitucional o a la impensable posibilidad de retirarse de la Unión Europea, conforme prevé el art. 1-60 de la que pretende ser su Constitución. Mucho más razonable y prudente y sobre todo necesaria, es la opción de reconocer la contradicción y adoptar ya la reforma constitucional para regularla o, como mínimo, tomar en la interpretación del Tratado y del art. 93 CE precauciones que no se han incluido en la declaración, al menos de la manera expresa y contundente que serían, a mi juicio, necesarias.*

El art. 9.1 CE cumple una función capital en nuestra Constitución, dentro de su Título Preliminar: no sólo refleja la imperatividad, la fuerza obligatoria del Derecho —lo que es una obviedad—, que opera sobre los ciudadanos y también sobre los poderes públicos —nota instrumental del Estado de Derecho ya proclamado en el art. 1.1— sino que, y esto es lo relevante, expresa la naturaleza normativa de la Constitución que se integra en el ordenamiento jurídico, y que además es, precisamente, la norma suprema.

Ciertamente, son numerosos los preceptos de la Constitución en los que aparecen estas notas —naturaleza normativa, carácter supremo—, pero todos ellos vienen a ser manifestación, consecuencia de aquéllas. Es justamente el art. 9.1 CE el que cumple el cometido de hacer expresa directamente esa condición de la Constitución, que no podía faltar dentro de su Título

---

Formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. Primacía del Derecho comunitario y alcance de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Publicado en BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005.

Preliminar, que es la quintaesencia de nuestra Norma Fundamental, en cuanto “que contiene los principios inspiradores de la misma” (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3<sup>30</sup>).

Este precepto recoge un requisito esencial de todo Estado de Derecho que consiste en el sometimiento de los ciudadanos y, sobre todo, de los poderes públicos al Derecho y del mismo se desprende que la Constitución ocupa un lugar preferente en el ordenamiento jurídico.

Por tanto, la Constitución es nuestra norma suprema y no una mera declaración programática, de forma que, *“lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 C.E.)”* (STC 16/1982, de 28 de abril<sup>31</sup>).

Se trata, en suma, de una *“norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico”*. (STC 31 de marzo de 1981<sup>32</sup>).

Por otra parte, la supremacía de la Constitución tiene las siguientes consecuencias. En primer lugar, supone que el resto de las normas jurídicas deben estar en consonancia con sus mandatos, pues, en caso contrario, serán declaradas inconstitucionales. En segundo lugar, exige un procedimiento especial de reforma como garantía de su estabilidad jurídica; y, por otra parte, todas las normas jurídicas deben interpretarse de conformidad con los preceptos constitucionales de tal forma que siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme a ella, debe admitirse la primera (STC 122/1983, de 22 de diciembre<sup>33</sup>).

Como señala el artículo 9.1 CE, este principio vincula tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos si bien de forma distinta. Así, ha manifestado el Tribunal Constitucional en su STC 101/1983 que mientras que los ciudadanos tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (artículos 30 y 31, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución.

---

<sup>30</sup> Óp. Cit. 11.

<sup>31</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional Nº STC 16/1982, de 28 de abril. Publicada en BOE núm. 118, de 18 de mayo de 1982.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, recurso de amparo Nº 31/1981, de 28 de julio. Publicada en BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, recurso de amparo Nº 122/1983, de 16 de diciembre. Publicada en BOE núm. 9, de 11 de enero de 1984.



### c. La primacía de los Tratados Internacionales reconocida por el Art. 96 de la Constitución

En la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004<sup>34</sup> se reiteró la **primacía** de los tratados Internacionales:

*Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infra ordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación.*

*La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. **En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su Art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. 1-6 del Tratado.***

*Y así han sido las cosas entre nosotros desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986. Entonces se integró en el Ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias frente a cualesquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción.*

*Ese **principio de primacía**, de construcción jurisprudencial, formaba parte del acervo comunitario incorporado en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, pues se remonta a la doctrina iniciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades con la Sentencia de 15 de julio de 1964 (Costa contra ENEL).*

*Por lo demás nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las competencias derivadas de la Constitución, cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento, como hemos dicho, en el art. 93 CE.*

---

<sup>34</sup> Óp. Cit. 19.

*En concreto nos hemos referido expresamente a la **primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad** en nuestra STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, con reproducción parcial de la Sentencia Simmenthal del Tribunal de Justicia, de 9 de marzo de 1978, y en la posterior STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a). En nuestras posteriores SSTC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4, 120/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, **REITERAMOS EL RECONOCIMIENTO DE ESA PRIMACÍA DE LAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO COMUNITARIO, ORIGINARIO Y DERIVADO, SOBRE EL INTERNO, Y SU EFECTO DIRECTO PARA LOS CIUDADANOS, ASUMIENDO LA CARACTERIZACIÓN QUE DE TAL PRIMACÍA Y EFICACIA** había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias Vand Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963, y Costa contra ENEL, de 15 de julio de 1964, ya citada.*

*Es doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrán de tomarse en consideración para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ha reconocido nuestra Constitución [STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con referencia, precisamente, a la propia Carta de Niza; también STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b)]. El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del Art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las explicaciones que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-9.2 determina en términos imperativos que la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.*

#### **d. Sobre la vulneración del principio pro consumatore**

La especial protección que tienen los consumidores según la normativa europea (art. 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y Directiva 93/13/CEE) exige que estos dispongan de remedios adecuados y eficaces para evitar la aplicación de cláusulas abusiva (principio disuasorio).

Por su parte la Constitución española consagra también en su Art. 51 la obligación del Estado de garantizar y proteger los derechos de los consumidores:

### Artículo 51

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.
2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.
3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

La cuestión está en si este Real Decreto Ley cumple con esa finalidad en el marco de la ejecución de la Sentencia del TJUE 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/115, C-3017/15, C-308/15), a saber:

#### **i. Reducción del concepto de consumidor**

Si el art. 3 del RDL 1/07 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, hacía una descripción amplia del concepto de consumidor, el legislador aprovecha este Real Decreto Ley para reducirlo a personas físicas discriminando expresamente a personas jurídicas que actúan fuera de un ámbito profesional y de explotación comercial.

Por ende, queda reducido el ámbito subjetivo del RDL 1/17 a personas físicas quebrando de esta manera el concepto de consumidor al excluir a 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<sup>35</sup>.

El art. 8 de la Directiva 93/13/CEE permitía ampliar el ámbito de protección de la misma por las legislaciones nacionales, como hacía la norma nacional. Sin embargo, al reducir con este Real Decreto Ley el concepto consumidor a persona física, se va contra el principio *pro consumatore* y contra el principio de seguridad jurídica y el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley.

Las personas jurídicas prestatarias consumidoras quedarían excluidas de esta norma y tendrían que acudir a procedimiento judicial.

#### **ii. Solución extrajudicial en manos de la entidad de crédito que ha incluido la cláusula abusiva**

---

<sup>35</sup> El 23 de julio del 2010, se publicó en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm. 5677, la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Catalunya. Esta Ley fue aprobada por el Pleno del Parlamento el 30 de junio del 2010 y entró en vigor el 23 de agosto del 2010. El Código de consumo de Catalunya amplía, actualiza y mejora los derechos de las personas consumidoras en nuestro país y lo dota, en el ámbito del consumo, de un marco jurídico completo que quiere convertirse en modelo de referencia en muchos sectores de la actividad económica.

El artículo 3 del Real Decreto 1/17 deja en manos de las entidades de crédito la implantación de un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales, que tendrá carácter voluntario para el consumidor.

Esto significa que cada entidad bancaria puede establecer procedimientos diferenciados de manera que consumidores con la misma problemática tengan soluciones diferentes de los profesionales lo que supone una desigualdad en el trato que vulnera tanto el art. 14 CE como los arts. 20 y 38 CDFUE.

Por otro lado, dejar al arbitrio de la entidad de crédito el establecimiento del sistema de reclamación previa puede constituir a su vez un sistema abusivo y arbitrario, en perjuicio del consumidor porque nadie supervisa ni garantiza si el consumidor tenga un perfecto conocimiento de los derechos de restitución que le corresponden.

Finalmente, una entidad que se opone al reconocimiento de una cláusula suelo o su aplicación y que supuestamente comunica los motivos de esa negativa obligando al consumidor a acudir a los tribunales todavía puede allanarse y beneficiarse de la no imposición de costas procesales (vía que ya algunas entidades han anunciado). Esta situación no se le permite en el caso contrario a un consumidor, de manera que el profesional resulta privilegiada procesalmente ante una conducta negativa a una solución extraprocesal que obliga al consumidor a efectuar un gasto del que nadie le resarce.

Esto vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de trato ante los Tribunales, así como los efectos disuasorios de las cláusulas abusivas: el sistema de devolución de las cantidades apropiadas indebidamente que la propia entidad de crédito genera ante su negativa produce un nuevo abuso al consumidor que pierde la presunción de abusividad de la cláusula que denuncia.

Efectivamente, la entidad bancaria ya responde a una hipotética demanda sobre la no abusividad de la cláusula o los efectos de su retroactividad y sin embargo no se le aplica los efectos de la doctrina de los actos propios, ni la vulneración del art. 5 de la Directiva 93/13/CEE “En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”, ni el art. 6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. “2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente.”

### **iii. Consecuencias procesales de esta norma: inversión de la carga de la prueba y eliminación de las costas procesales a favor de la entidad bancaria**

Los artículos 3.2 párrafo 3º D.93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; art. 82.2, segundo párrafo del RDL 1/07, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, así como el art. 217.6 LEC, impone la carga de la prueba al profesional que ha impuesto la cláusula suelo.

Sin embargo, el RDL 1/17, le dispensa de dicha carga y se la traslada al consumidor que tendrá que ejercitarla en el procedimiento judicial y a su costa, sin que la imposición de costas le restituyan de ese gasto con los efectos disuasorios para rechazar la oferta del banco si es que la hace o la reclamación judicial sino dispone de recursos.

Todo ello, nos conduce al efecto perverso de este Real Decreto Ley, que la ciudadanía NO ACUDA A LOS TRIBUNALES, y eso vulnera al acceso a la jurisdicción y a un proceso con todas las garantías procesales y constitucionales, evitando a la finalidad anunciada del colapso de la justicia, con el pájaro en mano, se priva la política procesal de los derechos de los consumidores, evitando poner en evidencia las deficiencias del sistema judicial español.

#### **e. Sobre la vulneración de los artículos 24 de la CE: lesión del derecho a la tutela judicial efectiva**

Como es sabido, el artículo 24 de la Constitución Española de 1978 consagra el derecho a la tutela judicial efectiva como garantía del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, el derecho a la defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías, con especiales referencias al proceso penal que sin embargo aquí no abordaremos, a los efectos que interesan.

##### *Artículo 24*

*1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

*2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

*La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*

La tutela judicial efectiva, pues, ha sido ampliamente conceptuada por la doctrina y la jurisprudencia constitucional desde los primeros tiempos de vigencia de la Carta Magna. Así, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente, ya desde su temprana Sentencia 19/1981, de 8 de junio<sup>36</sup>, que:

*El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española comprende primordialmente el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 115/1984, de 3 de diciembre, FJ 1; 211/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 36/1997, de 25 de febrero, FJ 3; 132/1997, de 15 de julio, FJ 2), por lo que se erige en elemento esencial de su contenido el derecho a obtener*

---

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Nº 19/1981, de 8 de junio. Publicada en BOE núm. 161, de 07 de julio de 1981.

*de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. No obstante, este derecho resulta satisfecho también con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique aplicada razonablemente por el órgano judicial (sentencias del Tribunal Constitucional 154/1992, de 19 de octubre, FJ 2; 18/1994, de 20 de enero; 39/1999, de 22 de marzo, FJ 3; 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; 115/1999, de 14 de junio; 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4; entre otras muchas), pues al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente.*

La enumeración de derechos del artículo 24.2 CE no puede entenderse como una suerte de numerus clausus del contenido material y subjetivo del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1, que tiene una sustantividad propia e independiente. En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1985 cuando magistralmente advierte la posibilidad de que un “acto del poder” que viole alguno de los derechos declarados en el apartado 2, lesione también el derecho que se enuncia en el apartado 1.

Por su parte, el artículo 3.2 del Real Decreto-Ley 1/2017 recurrido, dice:

*Artículo 3. Reclamación previa.*

*(...)*

*2. 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; en ese desglose la entidad de crédito deberá incluir necesariamente las cantidades que correspondan en concepto de intereses. En el caso en que la entidad considere 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.*

*(...)*

*6. 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, cuando se tenga constancia, se producirá la suspensión del proceso hasta que se resuelva la reclamación previa.*

En virtud de estas consideraciones, El RDL 1/2017 recurrido vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del principio pro actione, como derecho subjetivo de acceso a la jurisdicción obstaculizado por la acción del legislador, lo cual guarda íntima relación, como se

dirá más adelante, con la violación del principio de defensa y protección a los consumidores y usuarios consagrado en el artículo 51 de la Constitución.

De otro lado, la vulneración de la tutela judicial efectiva se manifiesta de forma palmaria cuando el legislador sitúa en plano de igualdad a “la entidad de crédito” con el juzgador, al imponer una especie de suplantación del primero en las funciones propias del segundo, dotando a aquel de facultades para declarar la procedencia o improcedencia de la devolución de las cantidades indebidamente pagadas y, por ende, para valorar la abusividad de la cláusula contractual en cuestión, así como para determinar la cuantía de la devolución, en su caso.

El fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de Diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15)<sup>37</sup>, que, en síntesis, declara nulas por abusivas, con todos sus efectos, las cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados entre profesionales y consumidores, no es disponible ni de cumplimiento potestativo para nadie, y tampoco para las entidades de crédito.

El art. 3.2 en sus apartados 2 y 6, y en relación también con el art. 4 del mismo real Decreto-Ley 1/2017 imponen trabas arbitrarias al consumidor en su acceso a la jurisdicción, estableciendo un mecanismo disuasorio, lento y sin garantías que causan indefensión en el titular del derecho cuyo amparo se pretende, con grave lesión de su derecho a un proceso con todas las garantías, al juez predeterminado por la Ley y a la posibilidad de litigar sin sufrir menoscabo económico.

Dicho efecto disuasorio, que en la práctica se ha invertido en contra del sentido que ordena la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, sitúa al consumidor en un procedimiento extrajudicial entre dos partes en evidente desequilibrio de posiciones, de armas y de medios, en el que el juego de la autonomía de la voluntad se ve, cuando menos, limitado.

Los mecanismos establecidos para este procedimiento extrajudicial vulneran el artículo 24 de la Constitución por la vía del principio de no vinculación al consumidor de cláusulas abusivas y de la obligación de los Estados miembros de proteger a los consumidores, preceptuados, respectivamente, en los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, de rango constitucional, y concretados en la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

Por lo tanto, el art. 3.2 del RDL 1/2017 vulnera el derecho de los consumidores a la tutela judicial efectiva, puesto que limita las posibilidades que tienen los deudores hipotecarios de acudir directamente a un procedimiento judicial.

---

<sup>37</sup> Óp. Cit. 15.

**5. Inconstitucionalidad del Art. 4 del RDL 1/2017 por la vulneración de los Arts. 14, 24 y 51 de la Constitución española y por la vulneración de los Arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores**

**a. Marco jurídico**

El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, establece en el Apartado III del Preámbulo lo siguiente:

*“Las medidas que se adoptan respetan las exigencias de estos principios. Desde el punto de vista del principio de equivalencia, se trata de medidas adicionales a las establecidas en el ordenamiento jurídico, con el fin de facilitar una solución ágil y satisfactoria para el consumidor. Desde el punto de vista del principio de efectividad, las medidas no solo facilitan en la práctica el restablecimiento de los derechos de los consumidores, sino que además dejan a salvo el derecho del consumidor a obtener una tutela judicial efectiva de su derecho ante los Tribunales nacionales”.*

En lo relativo a las costas judiciales, continúa el Real Decreto en el Preámbulo:

*“En fase judicial, se establecen medidas respecto a las costas procesales que incentiven el reconocimiento extrajudicial del derecho del consumidor y el allanamiento por parte de las entidades de crédito. En suma, las medidas adoptadas persiguen que el consumidor vea restablecido su derecho en el plazo más breve posible evitándole tener que agotar un proceso judicial que se dilate en el tiempo”.*

Frente a lo proclamado en el Preámbulo del texto, la realidad es bien distinta; el RDL 1/2017 establece en su Art. 4, en relación con las costas procesales:

*Artículo 4. Costas procesales.*

*1. 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 esta.*

*2. Si el consumidor interpusiere una demanda frente a una entidad de crédito sin haber acudido al procedimiento extrajudicial del artículo 3, regirán 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 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

*b) En el caso de allanamiento parcial de la entidad de crédito 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.*

*3. En lo no previsto en este precepto, se estará a lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

#### **b. Situación denunciada**

Esta regulación supone una clara modificación de la regulación ya prevista en nuestro ordenamiento jurídico en los Artículos 394 y 395 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil. Así mismo, implica una contradicción a lo dispuesto en estos Artículos, y su modificación no está plenamente justificada en la Exposición de Motivos del texto, como pretende hacer creer el Gobierno,

Y decimos contradice porque introduce excepciones a la regulación general recogida en la LEC, que chocan frontalmente con el principio de igualdad y derecho a la tutela judicial efectiva consagrados en los **Artículos 14 y 24 de nuestra Constitución**, en perjuicio de la especial protección que dispensa a los consumidores el **Artículo 51 de la Constitución**, como a continuación desgranamos.

En primer lugar, la Directiva 93/13/CEE establece en su Artículo 6.1, que:

*1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.*

En aplicación de dicho precepto, se pronunció el TJUE en la Sentencia de fecha 21 de Diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15)<sup>38</sup>, relativa a la modulación por el Tribunal Supremo español de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, sosteniendo que una cláusula abusiva no puede vincular al consumidor, de ningún modo; no se puede modular sus efectos por los Tribunales de los Estados miembros, no debe vincularle, ni siquiera mínimamente.

En la Sentencia, el Tribunal de Justicia considera que el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula.

El Tribunal de Justicia recuerda en primer lugar que, según la Directiva, las cláusulas abusivas no podrán vincular al consumidor, en las condiciones estipuladas por los Derechos de los Estados

---

<sup>38</sup> Óp. Cit. 15.

miembros, incumbiendo a éstos la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de tales cláusulas.

El Tribunal de Justicia explica que incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula abusiva, de tal manera que se considere que dicha cláusula no ha existido nunca y que, de este modo, no produzca efectos vinculantes para el consumidor. La declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

Sucede que a través del Real Decreto Ley, el Gobierno institucionaliza la vinculación de las cláusulas a los consumidores, en sentido perjudicial para éstos, contraviniendo la normativa y jurisprudencias europeas.

El Real Decreto Ley, con la previsión relativa a las costas, infringe lo dispuesto en este Artículo, dado que a la entidad financiera le basta con hacer una oferta al consumidor para pretender eludir las costas.

Por tanto, con ello, está incidiendo negativamente en el consumidor, y aunque dicha incidencia sea parcial, la cláusula abusiva inserta por la entidad financiera está condicionando de manera negativa al consumidor, contraviniendo por tanto lo dispuesto en el Artículo 6.1 de la Directiva.

La aprobación del RDL 1/2017 infringe el marco europeo por tanto de protección al consumidor: contraviene las obligaciones establecidas en la Directiva europea, que recordemos, es una norma internacional de rango constitucional (SSTC 215/2014<sup>39</sup> y SSTC 232/2015<sup>40</sup>).

Por otro lado, el Artículo 7.2 de la Directiva establece:

*2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen*

---

<sup>39</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 215/2014, de 18 de diciembre de 2014. Recurso de inconstitucionalidad 557-2013. Interpuesto por el Gobierno de Canarias en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Reserva de ley orgánica; principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y autonomía financiera, prórroga presupuestaria: constitucionalidad de los preceptos legales que establecen el régimen jurídico de cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Publicado en «BOE» núm. 29, de 3 de febrero de 2015.

<sup>40</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 232/2015, de 5 de noviembre de 2015. Recurso de amparo 1709-2013. Promovido por don Epifanio Quirós Tejado respecto de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmatoria de la resolución administrativa de denegación del reconocimiento de los sexenios solicitados. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: infracción del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea al inaplicar una Directiva sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial en un supuesto idéntico al resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Lorenzo Martínez (STC 145/2012). Publicado en «BOE» núm. 296, de 11 de diciembre de 2015.

*carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.*

El Real Decreto, en este sentido, supone una clara vulneración de lo dispuesto el Artículo 7.2 de la Directiva, que obliga a los Estados a facilitar el acceso a los órganos judiciales o administrativos competentes para determinar si las cláusulas tienen carácter abusivo y más aún, les exige que apliquen medios adecuados y suficientes para el cese en la aplicación de las mismas.

En el mismo sentido, se vulnera el derecho reconocido en el Artículo 24 de la Constitución: el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Tutela que en cuanto a los consumidores garantiza la Directiva europea, ahora segada con el Real Decreto dictado por el Gobierno, en un abuso de su potestad legislativa.

Igualmente el Artículo 14 que proclama el principio de igualdad: la modificación del sistema de condena en costas introduce una ventaja sólo para las entidades financieras, por lo que vulnera el derecho a la igualdad de armas en el proceso judicial.

La condena en costas es un arma procesal que el derecho ha garantizado en favor de aquellos que se ven obligados a litigar por la actuación indebida de la parte contraria con la que litigan. En este sentido, se trata de un arma procesal que castiga la mala fe procesal y que es una opción válida y existente en nuestra legislación.

Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, constituida como un principio fundamental del derecho que en todo momento han de ser tenidos en cuenta por el juzgador para que en su labor de dirimir los conflictos pueda impedir que se mermen las justas proporciones en el reconocimiento y declaración de los derechos en pugna.

El principio de buena fe debe regir las relaciones entre las partes y constituye un elemento básico de las obligaciones mutuas que estas tienen. Así lo reconoce el artículo 1258 del Código Civil que impone a las partes el cumplimiento, no solo de lo pactado, sino de aquellas otras consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Esta previsión legal impone a los jueces y tribunales la obligación de examinar aquellos casos en los que se pueda considerar, por las circunstancias concurrentes y las actuaciones procesales, que existe mala fe en la actuación de una de las partes. El efecto inmediato de este examen es la aplicación del Art. 395.1 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que permite la adopción de las medidas judiciales que impidan la persistencia del abuso.

Por ello, la solicitud de condena en costas judiciales por parte de los deudores hipotecarios, constituye no solo una forma de defenderse contra los abusos de las entidades financieras, sino un arma procesal válida y vigente a la que tiene el derecho de acceder. Sin embargo, el art. 4 del RDL 1/2017 priva a los deudores hipotecarios de esta arma procesal dejándolos en una situación de desigualdad procesal, que a las luces del art. 14 CE, constituye a su vez una clara desigualdad frente a las posibilidades procesales que contempla la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La regulación que el Artículo 4 del Real Decreto hace de las costas procesales establece un sistema de excepcionalidad que no beneficia al consumidor en ningún caso, infringiendo una vez más la obligatoriedad del Estado de procurar el cese en la aplicación de las cláusulas abusivas.

A este respecto, debemos recordar la especial protección que se dispensa en la normativa europea a los consumidores. Igualmente el Artículo 51 de la Constitución establece que: *“los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*.

Este principio de protección o de favor, se fundamenta en la situación de partida desventajosa del consumidor, que debe ser protegida frente a los intereses privados de las entidades financieras, en situación de superioridad.

Para concluir, el TJUE deja claro que, conforme al Derecho de la UE (Artículos 3, apartado 1, y Artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE):

- El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11)
- No vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional.
- Estas normas tienen naturaleza de orden público (sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11).
- Estas disposiciones pretenden un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre las partes.
- Esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces “para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores” (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU/C/2014/282, apartado 78).
- El juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE. Además tiene la obligación de deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula.
- El juez nacional no debe poder modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio.

A la vista de estas consideraciones y por los motivos expuestos, debe concluirse que el art. 3 del RDL 1/2017 infringe el marco europeo de derechos del consumidor, así como los Artículos 14, 24 y 51 de la Constitución española.

**6. Inconstitucionalidad de la disposición final tercera del RDL 1/ 2017 que prevé la habilitación potestativa del ejecutivo para dictar disposiciones para el desarrollo de la norma, sin que se establezca con carácter obligatorio un sistema de supervisión y sanción sobre las entidades bancarias a la hora de aplicar el real decreto ley, lo que la vulnera la protección debida a los consumidores establecida por el art. 51 de la Constitución.**

**a. Marco jurídico**

La disposición final tercera del RDL 1/ 2017, para la que se solicita la declaración de vicio de inconstitucionalidad, reza de la siguiente manera:

*Disposición final tercera. Habilitación normativa.*

*Se habilita al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo de esta norma. En particular, se podrá regular:*

*a) La existencia de un órgano de seguimiento, control y evaluación de las reclamaciones efectuadas en el ámbito de aplicación de este real decreto-ley y su régimen jurídico. Este órgano, que deberá emitir un informe semestral sobre su actuación, contará con la participación de representantes de los consumidores y de la abogacía. Este órgano de seguimiento recabará de las entidades de crédito la información necesaria para constatar que la comunicación previa prevista en este real decreto-ley se ha realizado, especialmente a personas vulnerables. Este órgano de seguimiento podrá proponer las medidas a su juicio necesarias para impulsar una correcta implantación del mecanismo extrajudicial previsto en este real decreto-ley.*

*b) La extensión del ámbito de aplicación a otros consumidores relacionados con el prestatario de contratos de préstamo o crédito.*

**b. Situación denunciada**

La disposición final objeto de solicitud de inconstitucionalidad en este motivo, en este caso la disposición final tercera del Real Decreto Ley 1/2017, viene a establecer un débil régimen de seguimiento administrativo de la normativa a aplicar en relación con la protección de los consumidores, régimen normativo que fácilmente puede considerarse como contrario a los niveles mínimos de protección que a los consumidores reconoce el Art. 51 CE y la legislación que desarrolla este derecho, así como a la legislación europea.

Así, la disposición final tercera simplemente dispone la posibilidad, vía habilitación, de que el poder ejecutivo, a través del Gobierno, establezca un sistema de control y evaluación semestral de la aplicación del sistema de devolución previsto en el Real Decreto que es causa de este contencioso constitucional, sin que por otra parte se establezca un sistema de supervisión y disuasión eficaz o de sanción en caso de incumplimiento y mala praxis por parte de las entidades financieras, eludiendo así el estado su responsabilidad de protección hacia los consumidores que establece el Art. 51 CE.

De esta forma, la norma impugnada no establece ningún sistema de disuasión efectiva frente a posibles actuaciones opacas, dolosas, arbitrarias o de mala fe que por parte de las entidades financieras se pudieran realizar frente a los derechos de los consumidores, por lo que los consumidores españoles se encuentran desprotegidos tanto en el supuesto de no consideración arbitraria, por parte de la entidad, sobre la abusividad de su cláusula suelo, como frente a los cálculos de devolución que las entidades financieras pudieran practicar de forma errónea, arbitraria o de mala fe. Las entidades financieras no corren con ningún tipo de riesgo en caso de incumplimiento, voluntario o no, de la norma y de las devoluciones que debieran realizar de correcta forma y en el plazo legalmente establecido.

Esta dejación de funciones por parte del estado español a la hora de supervisar, disuadir y sancionar las desviaciones en que pudieran incurrir las entidades financieras españolas debe valorarse desde una óptica constitucional como contraria al Art. 51 CE, toda vez que elude la obligación de protección de los consumidores, más aún cuando estamos hablando de devoluciones de cantidades cobradas indebidamente por los bancos en relación a créditos sobre la vivienda, elemento este último para nada baladí toda vez que el derecho a la vivienda viene protegido igualmente en el Art. 47 de nuestra constitución.

Por otra parte, resulta indudable la relevancia que la normativa comunitaria tiene en este tipo de legislación, siendo así ya reconocido por el propio Tribunal Constitucional en sus autos **ATC 86/2011 de 9 de junio y 168/2016 de 4 octubre**, por lo que habrá que estarse, también, a la normativa europea para informar e interpretar la constitucionalidad de las normas españolas en relación a los derechos y protección de los consumidores españoles, normativa que, como más adelante veremos, es singularmente más rigurosa y de un indudable mayor cariz disuasorio frente a conductas indebidas que por parte de las entidades financieras se pudieran realizar respecto de los consumidores europeos.

Como se observa en la redacción de la disposición impugnada por vicio de constitucionalidad, en la misma no se establece ningún tipo de régimen sancionador en caso de incumplimiento por parte de las entidades financieras, toda vez que simplemente se habilita, no se obliga, al Gobierno para crear un órgano de seguimiento y evaluación, que no supervisión, sin que se realice ningún tipo de alusión tanto a la supervisión del cálculo de las cantidades devueltas a los consumidores o de las cantidades ofrecidas pero no aceptadas por los consumidores, claramente desprotegidos por tanto, como a la disuasión sobre prácticas elusivas o dilatorias que por parte de las entidades financieras se pudieran realizar con ocasión de la consideración o no del carácter abusivo de una cláusula suelo.

Es decir, el estado español elude su responsabilidad para con la protección de los derechos de los consumidores sin que establezca ningún tipo de control para la aplicación de la norma, norma que por otra parte trae causa en lo establecido y ordenado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15).

Razonado todo lo anterior, podemos convenir que las entidades no tienen ningún tipo de estímulo para la correcta aplicación de la norma, y por tanto de la correcta y certera devolución de las cantidades incorrectamente imputadas a los consumidores, no existiendo ningún tipo de mecanismo de disuasión que pueda evitar conductas erróneas, arbitrarias, temerarias o dolosas por parte de las entidades financieras, carencia de la norma que debe considerarse inconstitucional por vulnerar el Art. 51 CE en lo relativo a la protección de los derechos de los consumidores.

### **c. Incumplimiento de los poderes públicos a su obligación de garantizar la defensa de los consumidores**

Llegados a este punto, en el que queda claro cuál es el objeto de impugnación constitucional y la base que conforma el fundamento de la petición de declaración de vicio constitucional, que no es más que la inconstitucionalidad de una disposición final que no contempla ni obliga a la adopción de ningún tipo de actividad disuasoria sobre las entidades financieras en relación a la consideración o no del carácter abusivo de una cláusula suelo o los cálculos de devolución sobre cantidades indebidamente cobradas según la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, procede desarrollar el motivo poniendo en relación el concreto de motivo de alegación de vicio constitucional con las normas que imperan en nuestro propio país y en ámbito de la UE.

Así, en primer lugar cabe recordar que la defensa de los consumidores aparece ya en nuestra constitución, vía Art. 51 CE, como un principio rector de la política social y económica cuya garantía constitucional se impone a los poderes públicos, es decir, a nuestro Gobierno y por ende a nuestra administración. La misma naturaleza de este objetivo, por la variedad de los ámbitos en los que incide, hace que en un Estado no centralizado como el nuestro, esta garantía no pueda estar concentrada en una sola instancia, ya sea ésta comunitaria, nacional o autonómica.

De esta forma, el derecho de los consumidores, entendido como "*el conjunto de reglas jurídicas que tienen por objeto proteger al consumidor*" (STC. 71/1982, FJ 1º) no podrá encontrarse en un conjunto normativo emanado de una sola de esas instancias, siendo más bien la resultante de la suma de las actuaciones normativas, enderezadas a este objetivo, de los distintos poderes públicos que integran el Estado, con base en su respectivo acervo competencial.

En cualquier caso, nada obsta para el pleno reconocimiento de la competencia estatal para dictar normas en relación al conjunto de consumidores del estado español (STC 88/1986 de 1 de julio), más aún cuando el desarrollo del RD Ley 1/2017 viene motivada por la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016. Por tanto, el objeto de debate constitucional está en si la adopción de una norma que viene a transponer, en cierta medida aunque con desafortunada

industria, una sentencia del TJUE se hace respetando el derecho constitucional de los consumidores a ser protegidos por el estado, Art. 51 CE, debiendo realizar una sencilla labor de hermenéutica para concluir que nos encontramos ante un vicio de constitucionalidad.

Así, cabe recordar como la propia **Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios**, que viene a desarrollar legamente el mandato del Art. 51 CE, ya establecía lo que se pueden considerar como «derechos básicos» de los consumidores y usuarios, entre los que se encontraban en su Art. 2, “ *b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales. c) La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos. (..) f) La protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.*”, derechos básicos que igualmente recoge en su posterior modificación de 2007, en el Art. 10 del **Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias**.

Como se desprende de la propia legislación que desarrolla el Art. 51 CE, los consumidores tienen derecho a que se protejan sus intereses, a ser indemnizados y tener protección administrativa y técnica en situaciones de inferioridad o subordinación, como lo es claramente la situación en la que se encuentran los consumidores, en aplicación de la normativa del Real Decreto Ley 1/2017, ante las entidades bancarias que van a realizar una devolución o valoración de devolución de una cantidad indebidamente cobrada sin ningún tipo de disuasión de carácter administrativo.

En definitiva, serán las propias entidades financieras quienes, a la vez que dirimen qué clausula, a su parecer, es abusiva, deciden qué cantidad se va a devolver, toda vez que serán las propias entidades quienes realicen los cálculos de las cantidades a devolver, sin que se haya establecido ningún criterio de cálculo previamente establecido, por lo que la situación de inferioridad, ante clientes que difícilmente podrán realizar por su cuenta los complejos cálculos matemáticos necesarios para determinar la cantidad exacta cobrada de forma injusta.

Por ello, ante esta situación de inferioridad y subordinación, en la que el consumidor, de forma general, carece de conocimientos matemáticos o legales precisos, la falta de obligación normativa para que el Gobierno establezca un sistema eficaz de control, supervisión y, en su caso, sanción de las operaciones de devolución, desarmando a la norma de cualquier efecto disuasorio, hace que la disposición impugnada devenga inconstitucional.

Siguiendo el hilo anteriormente trazado, cabe recordar como en la legislación posterior que desarrolla la normativa básica sobre consumidores y usuarios o normativa comunitaria es norma que se establezcan controles y sanciones en relación al incumplimiento por parte de las entidades de los derechos de los consumidores.

Así, en la **Ley 2/2009, de 31 de marzo regulación de la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios** se establece en su Artículo 8 ( Prueba) que “*corresponde a las empresas la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley*”, así como en su Artículo 9 ( Infracciones y sanciones) se dispone que el “*incumplimiento por las empresas de las disposiciones de esta Ley será sancionado como infracción en materia de consumo,*



*aplicándosele lo dispuesto en el régimen sancionador general sobre protección de los consumidores y usuarios previsto en el libro primero, título IV del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias y normativa autonómica que resulte de aplicación.”*

Igualmente, la **Orden Ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre**, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios establece determinadas derechos en relación al tipo de interés (Artículo 4), estableciendo en su artículo 14 un régimen sancionador que tendrá la condición de normativa de ordenación y disciplina.

Por otra parte, no deja de sorprender que la norma impugnada no arbitre ningún tipo de mecanismo de supervisión y sanción por parte del Banco de España, como elemento de disuasión, que puede controlar de forma efectiva las operaciones de cálculo y devolución.

Debe recordarse que la **Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito** establece en su Artículo 5. (Protección del cliente de entidades de crédito) una serie de parámetros por los que la administración pública, y el Banco de España, podrán proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades financieras, estableciendo claramente que, en relación a la normativa de ordenación y disciplina, la supervisión corresponderá al Banco de España, para lo que se desarrolla en los Art. 107 y siguientes un detallado régimen sancionador.

Pues bien, ante esta situación de subordinación, inferioridad e indefensión, sin que se establezca expresamente ningún tipo de régimen de disuasión, supervisión y sanción por parte de la administración española, el propio articulado del Real Decreto Ley 1/2017 viene a impeler a los consumidores a que, en caso de no satisfacción con los devuelto por el Banco, acudan a los tribunales, con la consiguiente pérdida de derechos en lo que corresponde a las costas judiciales.

Es decir, ante la falta de supervisión y capacidad sancionadora eficaz de la administración, se empuja a los consumidores a acudir a la vía judicial, nunca a establecer mecanismos de defensa bajo el amparo de la administración pública o el Banco de España, con lo que se está estableciendo que, de inicio, la no satisfacción tendrá un coste para el consumidor, lo que no parece se acomode al principio constitucional de protección del consumidor del Art. 51 CE, ni por otra parte a la propia legislación europea.

Así, debe señalarse que la legislación española ya establece que debe evitarse la imposición a los consumidores de obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos en el contrato y en coherencia con lo previsto en la **Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales, que prohíbe los obstáculos no contractuales para el ejercicio** de tales derechos.

Pero si para los consumidores disconformes se establece un sistema de control judicial, en principio oneroso, que evita la supervisión y disuasión administrativa, para los clientes conformes aun cuando ignorantes, a priori, en materias de cálculo matemático especializado, no se establece ningún tipo de control efectivo sobre la veracidad de los cálculos realizados por

las propias entidades, por lo que ante esta palmaria carencia de elementos de disuasión la desprotección del consumidor es evidente. Así, por tanto, para unos u otros consumidores, la falta de un mandato para la articulación de mecanismos efectivos de supervisión y disuasión de malas prácticas deviene en un evidente vicio de constitucionalidad, por lo que la norma en cuestión debe declararse nula y contraria al Art. 51 de nuestra Constitución.

Como ya se señaló anteriormente, debe ponerse la anterior normativa española propiamente dicha con la legislación europea, en especial con las disposiciones comunitarias al respecto de la eficaz protección de los derechos de los consumidores, todo ello teniendo presente el principio de disuasión administrativa como elemento nuclear.

Así, cabe señalar en primer lugar, por su vinculación directa con el Real Decreto impugnado, **la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores**, que en su *Artículo 7.1* establece de forma taxativa que los *“Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.”*

Es decir, la Directiva 93/13/CEE establece de forma clara la obligación de los estados de articular medios efectivos para que las entidades financieras, en este caso, dejen de imputar al consumidor cláusulas claramente abusivas, siendo que por contra el RD Ley 1/2017 simplemente habilita, pero no obliga, al Gobierno para que establezca un sistema de evolución semestral de la aplicación del RD Ley 7/2017 sin ningún tipo de carácter disuasorio o sancionador, por lo que el nivel de protección del consumidor es prácticamente nulo y por tanto inconstitucional.

Por otra parte, el artículo 10 de la citada Directiva 93/13/CEE establece asimismo que *“Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva (...)”*, siendo dicho mandato de imperativo cumplimiento por parte de los estados miembros, como es el caso de nuestro estado, aunque el desarrollo que nuestra legislación ha hecho de dicho mandato es sumamente deficiente, prueba de ello sería el RD Ley aquí impugnado.

En cualquier caso, lo que se desprende del mandato de dicha directiva es que la normativa desarrollada en el RD Ley 1/2017 no cumple con los niveles mínimos de protección establecidos por la legislación europea, por lo que la inconstitucionalidad de la norma deviene de forma palmaria.

Siguiendo con la anterior descripción de la normativa europea, como elemento hermenéutico clave a la hora de realizar un juicio de constitucionalidad, debe señalarse la **DIRECTIVA 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores**, que en su *Art 23* , *sobre el cumplimiento de la directiva*, establece que:

*Los Estados miembros garantizarán que existan medios adecuados y eficaces para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva”, así como que*

*los Estados “incluirán disposiciones en virtud de las cuales uno o más de los organismos siguientes, de conformidad con la ley nacional, podrá llevar a cabo las actuaciones necesarias, ante los tribunales o ante los organismos administrativos, para que se apliquen las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva.*

A la vez, el Artículo 24 de la Directiva 2011/83 dispone un sistema de sanciones determinando que:

*“(…) régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la presente Directiva y tomarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones establecidas serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.”*

Igualmente, la **Directiva 2014/17/UE del parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial** y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010 de 28 de febrero, establece en su **Artículo 38** un epígrafe relativo a las Sanciones a las entidades financieras, indicando en su parágrafo 1º que “ *Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas sobre la base de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución. Esas sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.”*

Indicado todo lo anterior, puesta la legislación española y europea sobre protección de los consumidores, en especial en el ámbito bancario, en relación con la aplicación del Real Decreto Ley 1/2017 y analizada las disposiciones normativa sobre la eficaz protección del consumidor y el carácter disuasorio que debe tener toda normativa que comprometa derechos de los consumidores, solo puede alcanzarse la conclusión de que la Disposición Final Tercera del RD Ley 1/2017 resulta inconstitucional.

Así, como ya hemos resaltado, la Disposición Final Tercera no establece ningún tipo de garantía de protección de los derechos de los consumidores, siendo nula la capacidad de disuasión que se establece, con el simple sistema de seguimiento semestral de la aplicación del conjunto del RD Ley 1/2017, ante posibles prácticas arbitrarias, fraudulentas, temerarias o dolosas por parte de las entidades financieras, lo que hace que, en virtud del Art 51 CE, deba considerarse como inconstitucional la disposición final impugnada.

Por todo ello, venimos a solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Final Tercera del Real Decreto Ley 1/2017 de 20 de enero, **y la conminación al Gobierno para que en urgente plazo dote a la norma impugnada de un sistema de protección al consumidor eficaz y disuasorio.**

**En virtud de todo lo expuesto,**

**SOLICITAMOS AL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL** que habiendo presentado este escrito se sirva admitir a trámite la demanda en que se formaliza y se tenga por interpuesto el **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD en contra del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo**, publicado en el Boletín Oficial del Estado Nº 18, de 21 de enero de 2017 y, previos los trámites que correspondan, dicte sentencia declarando su inconstitucionalidad y nulidad con el alcance que se expresa en los fundamentos de este escrito.

Al amparo de los artículos 27.1 y 2.b) y 39 LOTC se **IMPUGNA EN SU TOTALIDAD** el Real Decreto-ley recurrido, por cuanto se están denunciando las formas en su aprobación (afecta a la totalidad), así como la justificación de la misma (afecta a la totalidad). Especialmente solicitamos que se declare la disconformidad con la Constitución y, por tanto, de la inconstitucionalidad de los artículos 2.2, 3 y 4, así como la Disposición Adicional Segunda y las Disposiciones Finales Primera y Tercera. Toda vez que estas normas sean declaradas inconstitucionales, con los efectos legalmente predeterminados, dejarían vacías el resto del Real Decreto-ley recurrido y sin contenido, afectándolo en su totalidad.

**PRIMER OTROSÍ DIGO:** Que se solicita del Tribunal Constitucional que acuerde la tramitación prioritaria y urgente del presente recurso de inconstitucionalidad, petición que se formula atendiendo a las siguientes circunstancias extraordinarias que acontecen en el caso que nos ocupa:

- El Real Decreto-ley impugnada forma parte del bloque de la constitucionalidad, en los términos señalados por el artículo 28 de la LOTC.
- La entrada en vigor y plena efectividad de una buena parte de los preceptos de este Real Decreto-ley ahora impugnado implica la adaptación y modificación de varias leyes que integran en cuerpo legislativo actualmente en vigor, tal y como se detalla en este recurso.
- El carácter modélico que la resolución de este recurso tiene respecto a todos los procedimientos de ejecución hipotecaria que se encuentran en tramitación ante los Tribunales de Justicia de toda España, y que pueden afectar las negociaciones extrajudiciales entre los deudores hipotecarios y las entidades de crédito acreedoras de préstamos hipotecarios.

Justicia que reitero en misma fecha y lugar.

**SEGUNDO OTROSÍ DIGO:** Que se solicita del Tribunal Constitucional que, de conformidad con el artículo 88.1 LOTC, se recabe del Congreso de los Diputados el expediente de elaboración, tramitación y aprobación del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, incluyendo los Diarios de Sesiones en los que consta la transcripción literal del debate parlamentario acerca de su aprobación, a

efectos de formar un mejor juicio y disponer de información completa sobre dicha norma y, dar del mismo traslado a esta parte para poder, a su vista, completar, en su caso, las alegaciones en el trámite procesal correspondiente.

Reitero Justicia, lugar y fecha.

**TERCER OTROSÍ DIGO:** Que se solicita al Tribunal Constitucional elevar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud de lo establecido en el artículo 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Si bien el Tribunal Constitucional es el máximo garante de la adecuación del Real Decreto-ley impugnada a la Constitución Española, en el presente caso, están implicados derechos reconocidos como fundamentales por una norma superior, como el artículo 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que aplica a su vez una Directiva comunitaria interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional no tiene la completa competencia para interpretar la adecuación del Real Decreto-Ley 1/2017 recurrid a ambas normativas. Por ello se solicita elevar una cuestión prejudicial con el siguiente contenido:

- ¿Resultan contrarios los artículos 38 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE a una norma nacional como el ARTÍCULO 3 del Real Decreto-Ley 1/2017 que supuestamente traspone la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, que interpreta el alcance de una norma comunitaria y declara contraria al derecho comunitario una interpretación jurisprudencial nacional como la efectuada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que limitaba los efectos de la aplicación retroactiva de la cláusula suelo, cuando dicha norma deja en manos de los profesionales que han impuesto este tipo de cláusulas la interpretación, efectos y restitución al consumidor de la aplicación de una cláusula abusiva?
- ¿Resultan contrarios los artículos 38 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE a una norma nacional como el Real Decreto-Ley 1/2017 que no introduce mecanismos en el derecho nacional para que dicha sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se lleve plenamente a efecto, de manera que cause discriminaciones respecto de aquéllos que vieron reconocida la abusividad de la cláusula en sentencia firme por los efectos de cosa juzgada?
- ¿Resulta contrario a los artículos 280 y 299 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea una normativa nacional que no establece mecanismos procesales de ejecución de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en cuestiones prejudiciales planteadas por los juzgados y tribunales nacionales en interpretación del derecho comunitario y que precisan en todo caso de mecanismos de trasposición legales como el Real Decreto-Ley 1/2017, discriminando dichas resoluciones respecto del trato que reciben las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

- ¿Resulta contrario al artículo 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que la falta de inclusión en la Constitución Española del derecho de los consumidores como Derecho Fundamental prive a los ciudadanos de tal carácter y protección suprema cuando se le aplique el derecho nacional?

Es justicia que pido en Madrid, a 20 de abril de 2017.

#### **PROCURADOR**

José Miguel Martínez-Fresneda Gamba  
**Colegiado del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid n° 1.081**

#### **ABOGADOS**

Begoña Alfaro García  
**Colegiada del Muy Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona n° 2.225**

Gonzalo Carrasco Moraleda  
**Colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid n° 118.340**

Juan Moreno Redondo  
**Colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid n° 71.539**

Verónica Dávalos Alarcón

**Colegiada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona nº 31.477**

Dionisio Moreno Trigo

**Colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona nº 21.434**