



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Pablo Francisco Sánchez Martín



www.ajfv.es

BOLETÍN DIGITAL CIVIL

NÚMERO 12. FEBRERO 2017

CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE TRÁMITE DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ATS, Sala Primera, 21 de septiembre de 2016
Recurso: 106/2016

JAVIER ALBAR GARCÍA y JAVIER OLIVÁN
DEL CACHO
Magistrados de los Juzgados de lo
Contencioso-administrativo nº 2 y 1 de
Zaragoza

EL REAL DECRETO-LEY 1/2007, O SOBRE LA INDECISIÓN DEL LEGISLADOR

JOSÉ LUIS ORTIZ MIRANDA
Abogado especialista en Derecho Bancario
Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz

1.- CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE TRÁMITE DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JAVIER ALBAR GARCÍA

Magistrado

JAVIER OLIVÁN DEL CACHO

Magistrado

VOCES: Tutela judicial. Recurso de revisión. Control judicial

El Auto del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2016, Sala Primera,, viene a realizar una interpretación flexible y favorable al derecho a la tutela judicial del art. 454 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que se refiere al control judicial de los actos de trámite del Letrado de la Administración de Justicia.

COMENTARIO

El Auto que comentamos presenta un interés indudable, debido a que valora la aplicación, al ámbito de la Jurisdicción Civil, de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 58/2016, de 17 de marzo, que anuló el primer párrafo del art. 102. Bis. 2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), por lo que las presentes líneas únicamente se dedicarán a dar noticia de esta importante cuestión procesal, sin entrar a valorar la decisión de fondo que no presenta, ni, de lejos, la misma trascendencia. A tal fin, debe recordarse que el mencionado párrafo de la LJCA establecía un sistema de control de los actos procesales de trámite del Letrado de la Administración de Justicia que resultaba incompatible, según el Alto Tribunal, con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el principio de exclusividad jurisdiccional. El art. 102 bis. 2 de la LJCA decía así (se pone en negrita el párrafo anulado por el Tribunal Constitucional):

“2.-Contra el Decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva.

Cabrá recurso directo de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiera resuelto.

Cabrá interponer igualmente recurso directo de revisión contra los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea”.

Entre los aspectos importantes de esta Sentencia, destaca que, no sólo se anuló este párrafo, sino que se estableció una suerte de legislación positiva preventiva hasta que el legislador colmara la laguna normativa. En concreto, el Tribunal Constitucional precisó “que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, el recurso judicial procedente frente al decreto del Letrado de la Administración de Justicia resolutivo de la reposición ha de ser el directo de revisión al que se refiere el propio art. 102 bis. 2 LJCA”.

Precisamente, teniendo en cuenta la precitada STC 58/2016, se interpuso un recurso de revisión frente a un decreto desestimatorio de un recurso de reposición interpuesto frente a un acto de trámite del Letrado de la Administración de Justicia, durante la tramitación de un recurso de queja contra un Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria

Ante el referido recurso de revisión, el Tribunal Supremo debió pronunciarse sobre su posible admisión en sede de la Jurisdicción civil. A este respecto, la Sala Primera entiende que la generalización del recurso de revisión derivado de la STC 58/2016 para la Jurisdicción contencioso-administrativa no resulta aplicable en este caso, debido a que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece una regulación diferente para la fiscalización de las decisiones de trámite del Letrado de la Administración de Justicia. En concreto, se cita el art. 454 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en cuanto establece que contra el decreto

resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión, necesariamente, en la primera audiencia ante el Tribunal tras la toma de decisión y, si no fuera posible por el estado de los autos, se podrá solicitar mediante escrito antes de que se dicte la resolución definitiva para que se solvete en ella. El artículo continua diciendo que sólo se permite el recurso directo de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación o en aquellos casos en que expresamente se prevea.

Según el Auto comentado, este artículo permite garantizar el control judicial, al posibilitar que pueda ser sometida la cuestión planteada a la consideración del Juez o Tribunal dentro del proceso, en “la primera audiencia ante el tribunal tras la toma de la decisión y, si no fuera posible por el estado de los autos, se podrá solicitar mediante escrito antes de que se dicte la resolución definitiva para que se solvete en ella”, de acuerdo con el tenor ya citado del art. 454 bis de la LEC.

Sin embargo, el Tribunal viene a interpretar este precepto de un modo sumamente flexible, ya que, en primer lugar, califica el recurso de revisión como petición de reconsideración ante el Juez o Tribunal y, lo que es más importante, resuelve dicha petición de reconsideración (desestimándola), sin esperar a la resolución definitiva. A este respecto, en el Auto, se da la siguiente explicación:

“Dada la naturaleza de la cuestión planteada por la parte recurrente, la solución al escrito presentado no puede otorgarse conforme establece el artículo 454 bis párrafo 1, en la resolución definitiva, que sería el auto resolviendo el recurso de queja, pues se está en una fase previa a su resolución en la que se ha solicitado la aportación de documentación que es precisamente lo que ha sido recurrido en parte”.

Con ello, se efectúa una adaptación de la literalidad del art. 454 bis de la LEC para permitir el control judicial fuera de los momentos procesales contemplados en dicho precepto, mediante una operación interpretativa que pretende, seguramente, aplicar el artículo 454 bis, de

conformidad con la doctrina de la STC 58/2016 (arts. 24 y 117 del texto constitucional).

[Referencia CENDOJ: Roj: ATS 8275/2016 - ECLI:ES:TS:2016:8275^a](#)

2.- EL REAL DECRETO-LEY 1/2007, O SOBRE LA INDECISIÓN DEL LEGISLADOR.

JOSÉ LUÍS ORTIZ MIRANDA

Abogado

VOCES: Consumidores y usuarios. Préstamo con garantía hipotecaria. Cláusulas suelo. Nulidad

El Decreto-ley 1/2017 no es un instrumento apto para favorecer las pretensiones de los consumidores en materia de devolución de cantidades indebidamente cobradas por las entidades de crédito con motivo de las denominadas “cláusulas suelo”. Parece que el legislador ha cedido a las presiones de dichas entidades, de ahí que la adhesión no sea obligatoria para las entidades de crédito, que serán además quienes puede considerar que la devolución al consumidor no es procedente, y, entre otros aspectos, no establece la obligación de informar a los clientes, no excluye ningún tipo de hipoteca con esta cláusula, pero deja en manos de los Bancos decidir si están afectadas o no, si no hay juicio, 3) a los afectados que el Banco considere que no es procedente devolverle la cláusula suelo, no les entregara un cálculo de la cantidad que le hubiere correspondido.

COMENTARIO

Después de la lucha de años que llevamos tantos abogados para conseguir que se erradiquen de una vez por todas las clausulas suelos de las hipotecas de cuatro millones de españoles en defensa de los derechos del consumidor, y después de un mes negociando, entre el PP

y el PSOE y CIUDADANOS, sale a la luz el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores y usuarios en materia de cláusulas suelo, que deja a los consumidores con una sensación de desconcierto. Analizando en profundidad su contenido, el primer fallo garrafal que contiene es que su adhesión, no es obligatoria para toda la Banca sino opcional, esto significa que en la práctica van a ser los Bancos los que decidan a que cliente le devuelve la cláusula suelo y a que cliente no.

Y este es un punto en el que la presión del sector bancario ha tenido una influencia decisiva, llevándose el ascua a su sardina. Prueba de ello es que en el art. 3.2 se prevé que en el caso de que la entidad bancaria considere que la devolución no es procedente, comunicara sus razones en que motiva su decisión, en cuyo caso se dará por concluido el procedimiento extrajudicial.

En el borrador, sin embargo, finalmente no aprobado, contenía un único punto que no era muy favorable a la banca: que tanto si aceptaban como si no, la reclamación extrajudicial del cliente tenían la obligación de facilitar al cliente un cálculo del coste que le había supuesto la aplicación de la cláusula, aunque la entidad se negase a devolvérsela (la norma no le obliga a ello), esto suponía de facto un arma magnífica para el consumidor en los Tribunales, pero el Ejecutivo ha eliminado esta obligación, por la presión del sector bancario.

La Sentencia del Tribunal de Justicia del 21/12/2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15, C-308/15) sobre los efectos de la nulidad de la cláusula suelo rectificando el criterio del Tribunal supremo, ha abierto la caja de Pandora, sobre la relación Banco-cliente. Pero la “cláusula suelo” es solo la punta del iceberg. Hay sentencias que consideran abusivas otras condiciones como la relativa a los gastos hipotecarios, vencimiento anticipado (nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE C- 637/13 P de 26/01/2017), la venta extrajudicial, la imputación de pagos, los intereses moratorios, o la comisión de

descubiertos o notificación de posición deudora, cláusula de redondeo, etc.

El Dr. Carlos Ballugera, registrador de la propiedad, mantiene un listado actualizado de cláusulas declaradas abusivas por los tribunales, agrupadas en 78 categorías.

Más allá de las cláusulas suelo conviene preguntarse cuáles son las claves del Decreto-ley 1/2017, que yo fijaría en tres: 1) no establece la obligación de informar a los clientes vía carta o email, 2) no excluye ningún tipo de hipoteca con esta cláusula, pero deja en manos de los Bancos decidir si están afectadas o no, si no hay juicio, 3) a los afectados que el Banco considere que no es procedente devolverle la cláusula suelo, no les entregara un cálculo de la cantidad que le hubiere correspondido.

Este letrado junto con gran número de asociaciones de consumidores (OCU, CEACCU, UCA-UCE, FACUA, ADICAE) opina que este Real Decreto-ley es un decreto trampa, es puro humo, un regalo del gobierno de la banca, engaño para los usuarios y que el mecanismo que establece es una pantomima y que deja al consumidor en manos de los Bancos, y que el consumidor no debe tomar ninguna decisión precipitada.

El Gobierno ha creado un sistema extrajudicial y anómalo sin precedentes, que ha aprobado el Gobierno sin tramitación pre-legislativa y por tanto sin informe de nadie y sin intervención de las Cortes y por tanto sin luz y sin taquígrafo y con consecuencias nefastas, no abarca más que personas físicas consumidores, ni siquiera da solución a personas físicas no consumidores – el autónomo que compro su local como sede física para su negocio ni a PYMES-.

El artículo 2.1 del RDL 1/2017 remite a 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, que define consumidor en su artículo 3.

Para someterse a ese mecanismo extrajudicial no valen las reclamaciones anteriores que haya podido dirigir el consumidor a su banco en similar sentido. El consumidor debe someterse de forma deliberada y consciente al mecanismo, si quiere que se le aplique, al establecer al real decreto-ley importantes restricciones de derechos para el consumidor. Es evidente que esas restricciones para cualquiera, y no digamos para un consumidor, no pueden provenir más que de una decisión informada, voluntaria e inequívoca de someterse a ellas. Una norma que dice de sí misma que es excepcional y de carácter temporal (“previsión especial y coyuntural”, dice el Preámbulo) tiene que interpretarse conforme al artículo 4.2 del CC, es decir, sin posibilidad de analogía ni aplicación a momentos distintos. No olvidemos además que se publica el real decreto-ley un sábado con vigencia del mismo día, cercenando incluso la posibilidad efectiva de asesoramiento al consumidor para las peticiones de los primeros días.

El consumidor queda sometido a ese mecanismo extrajudicial por petición efectuada desde 21 de enero de 2017 pero, atención, siempre que sea con intención de someterse a ese mecanismo. Es decir, que 1) es perfectamente posible seguir presentando demandas directamente sin someterse a ese mecanismo, y soslayándolo, aunque con el sistema de costas que prevé este real decreto-ley y 2) también es perfectamente posible seguir efectuando reclamaciones extrajudiciales que no den lugar a la entrada en el mecanismo extrajudicial, sino que sean como las de siempre, reclamaciones como las que dirigíamos a cualquiera que nos debiera dinero, aunque con el sistema de costas que prevé este real decreto-ley.

Tratándose de una norma excepcional que además reiteradas veces hace mención a la voluntariedad para el consumidor, y que

además cercena temporalmente su tutela judicial efectiva, no habrá vinculación al mecanismo sin sometimiento expreso.

Si el consumidor entra voluntariamente en el mecanismo extrajudicial, fiado en la buena fe del Gobierno, la banca puede hacer algo para devolverle el dinero o no hacerlo, y da igual que haga o no haga, o que lo haga mal, porque todo depende de que el banco haga algo, si quiere.

Y si el consumidor entra en el mecanismo extrajudicial, no solo no podrá demandar durante unos meses, sino que el sistema de costas procesales que rige para todo, incluyendo para el banco cuando reclama al consumidor, no se aplicará en este caso, en beneficio del banco.

En definitiva el Gobierno le da al banco una moratoria de tres o cuatro meses –según lo computemos, sin consecuencias para el banco si no hace nada o lo hace mal o abusa de nuevo, pero con consecuencias para el consumidor. Y la banca, en contra de lo que se dice la propaganda, y el propio real Decreto-Ley, no está obligada a nada.

Y ahora viene lo mejor: la Banca denuncia ser objeto de un ataque judicial promovido por abogados que buscan lucro. A su vez, dicen que los abogados y los jueces no son los únicos que tienen la culpa, cargan la culpa también sobre los notarios quienes debían avisar a los clientes sobre las condiciones que contrataban.

Los responsables de haber llevado hasta esta situación, nunca nos cansaremos de decirlo, son los Bancos comercializadores de los productos y diseñadores de su contenido. Los bancos cuentan con asesores legales internos y externos que han debido verificar la legalidad de las condiciones generales incluidas en la contratación. A su vez, el riesgo legal que crean las condiciones abusivas debía haber sido identificado por las auditoras. Por lo demás, al Banco de España le

corresponde formular y vigilar el cumplimiento de las buenas prácticas bancarias. Conoce, a través de las miles de reclamaciones que presentan los clientes, los problemas que surgen en la contratación bancaria.

Quien no es responsable de la situación es el cliente que contrató el préstamo hipotecario en esas circunstancias. Fue la banca quien decidió ofrecer préstamos a interés variable con cláusula suelo en lugar de préstamos a interés fijo como era lo habitual en el resto de Europa. La entidad prestamista era quien tenía el deber profesional de verificar la solvencia y evitar el sobreendeudamiento. El cliente es el perjudicado, quien contrata sin la información suficiente para decidir con conocimiento de causa y lo hace bajo las condiciones predispuestas por el banco.

En fin, si el Gobierno lo que perseguía con este Decreto era parar la avalancha de reclamaciones por la cláusula suelo y gastos de formalización de las hipotecas (gastos de notario, registrador e impuesto de actos jurídicos documentados), peor no lo ha podido hacer. Vamos, que una vez más esta componenda de Decreto va a ser peor el remedio que la enfermedad. Y es que no aprendemos, pues el legislador insiste en no proteger al consumidor, por más que la Justicia europea vuelva a enmendar la plana una y otra vez.