Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1960-2017.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría reflejada en la sentencia, formulo el presente voto, dejando constancia sucintamente de los fundamentos de mi posición parcialmente discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan, de acuerdo con los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno.

Entiendo que en la sentencia de la que disiento, la interpretación del art. 51 CE no ha sido la más adecuada, a raíz del examen de la queja que los recurrentes dirigen contra el art. 3 del Real Decreto-ley 1/2017. Una materia como la que nos ocupa, en la que está en juego la situación de desequilibrio entre la posición del consumidor y la de la entidad financiera, desigualdad en la que se encuentra cuando, como es el caso, celebra un contrato de crédito con garantía de hipoteca inmobiliaria con una entidad financiera. El valor del art. 51 CE tiene contiene por su naturaleza un mandato vinculante para el legislador, y, a partir de dicha consideración, se debería haber efectuado el enjuiciamiento del art. 3 del Real Decreto-ley 1/2017, llegando a la conclusión de que, como se denuncia en el recurso, es inconstitucional.

1. El art. 51.1 CE, establece que "[l]os 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 precepto, que, como se reconoce en la sentencia aprobada por la mayoría, "se orienta en una línea coincidente con los criterios de la CEE" (STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 3), parte de la realidad de que en un modelo económico de libertad de empresa enmarcado en la economía de mercado y en el que se sitúa nuestra Constitución (art. 38 CE), dentro del que se persigue un creciente acceso de los ciudadanos al mercado de bienes y servicios, la situación de los consumidores y usuarios en las relaciones que se generan en dicho mercado es una situación de desventaja frente a los empresarios, ocupando la parte débil de tales relaciones. El constituyente, que configuró nuestro Estado como un Estado social (art. 1.1 CE), fue sensible a esa realidad, e incluyó en su articulado la defensa de los consumidores y usuarios como un factor de corrección de las consecuencias negativas que, para el conjunto de la población, pudiera tener el modelo de economía de mercado. Por tal razón, y en la medida en que uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que propugna el art. 1.1 CE es la igualdad, el mandato del art. 51 CE se ha de situar

como una regla estructural del Estado social, en tanto que dirigida a corregir esas desigualdades indeseables que se generan en el funcionamiento del mercado.

Por otra parte, es importante tomar en consideración el lugar que ocupa el art. 51 dentro del texto constitucional. Como afirmamos en la STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11, el precepto transcrito "enuncia un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental. Pero de ahí no se sigue que el legislador pueda contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios, ni que este Tribunal no pueda contrastar las normas legales, o su interpretación y aplicación, con tales principios. Los cuales, al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 de la Constitución (STC 19/1982, fundamento jurídico 6º). Ahora bien, es también claro que, de conformidad con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 de la Constitución), el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio. Así ocurre con el art. 51.1 de la Constitución, que determina unos fines y unas acciones de gran latitud, que pueden ser realizados con fórmulas de distinto contenido y alcance. Pero, en cualquier caso, son normas que deben informar la legislación positiva y la práctica judicial (art. 53.3 de la Constitución)".

Esto implica que no pueda considerarse tan sólo una norma programática, vacía de contenido imperativo, de la que el legislador pueda prescindir, sino que, como primer destinatario de la misma, ha de tenerla presente en tanto que norma vinculante y como referencia que inspire la regulación destinada a cumplir el mandato protector de los consumidores que el precepto enuncia, sin ignorar que ese mandato lleva implícita la proscripción de toda acción que pueda suponer un perjuicio para los consumidores, al tiempo que le permite imponer modulaciones y limitaciones a la libertad de empresa en aquellos aspectos en los que pueda colisionar con la necesaria protección de los consumidores y usuarios.

Por otro lado, si bien es cierto que hemos afirmado que la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta (STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 10), también ha dicho este Tribunal que no cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales

(señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género, ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4). Esta es la circunstancia que concurre en el presente caso, en el que lo que se discute es el ajuste al art. 51 CE de la regulación que ha introducido el Real Decreto-ley 1/2017 para facilitar la devolución a los consumidores de las cantidades indebidamente satisfechas a las entidades de crédito como consecuencia de las cláusulas suelo impuestas en los contratos de préstamo o crédito con garantía hipotecaria suscritos con aquellas.

2. La relevancia que ese mandato constitucional presenta en nuestro ordenamiento se advierte sin dificultad en la regulación que la protección del consumidor ha recibido a nivel interno desde los primeros tiempos de nuestro Estado social y democrático de Derecho, y, especialmente, tras nuestra incorporación a la Comunidad Económica Europea, en cuyo seno se ha otorgado una gran trascendencia a las políticas protectoras de los consumidores, que los Estados miembros están obligados a respetar en su configuración normativa.

Así, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya declara en su Preámbulo su decidida finalidad de dar cumplimiento al mandato del art. 51 CE, a cuyo efecto “aspira a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa”, sobre la base de los principios y directrices vigentes en esta materia en la Comunidad Económica Europea.

Entre los concretos objetivos de la ley se pueden destacar, por una parte, el establecimiento, sobre bases firmes y directas, de los procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores y usuarios, y, por otra, la declaración de “los principios, criterios, obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios y que, en el ámbito de sus competencias, habrán de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones y desarrollos normativos futuros”. Es relevante el contenido de su art. 2, en el que se enuncian los derechos básicos de los ciudadanos en cuanto consumidores de productos o servicios, incluyendo, entre otros, la protección de sus legítimos intereses económicos [letra b)], la información correcta sobre los diferentes bienes o prestaciones [(letra d)] y la protección jurídica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión [(letra f)]. La ley dota de una especial consideración a los derechos en ella reconocidos, hasta el extremo de considerar nula la

renuncia previa a los mismos en la adquisición y utilización de bienes o servicios (art. 2.3). Estos derechos básicos, desarrollados luego en el articulado de la Ley, encuentran una plasmación de especial significado en su art. 10, en el que se establecen los requisitos que han de cumplir las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, entre los que se incluyen una serie de conductas y condiciones que quedan excluidas por considerarse contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones.

Al mismo mandato de protección de los consumidores responde la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, en la que se introducen determinadas modificaciones en nuestra legislación sobre esta materia, por un lado, para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre de 2004, en el Asunto C-70/2003, en la que declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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 había sido traspuesta en nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación). Por otro lado, la Ley pretende incrementar la protección del consumidor en diferentes ámbitos, en los que la experiencia había puesto de manifiesto la existencia de diversos déficits de protección. En la disposición final quinta de esta Ley se habilita al Gobierno para que en el plazo de doce meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984 y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos. Esta tarea fue cumplida por el 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, que, en atención a la normativa europea en la materia que había sido transpuesta, incorpora al texto refundido la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la regulación dictada en materia de protección a los consumidores y usuarios en la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva sobre contratos a distancia; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por

los daños causados por productos defectuosos, y la Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre viajes combinados.

Interesa subrayar aquí también que tanto el art. 51 CE como la normativa interna en materia de protección de los consumidores y usuarios se orientan en la línea de los mismos criterios tuitivos que se contienen en la normativa comunitaria europea. Dentro de ésta hemos de destacar el art. 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según el cual, en las políticas de la Unión "se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores", y, en el TFUE, la protección de los consumidores, aparte de ser un ámbito de competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros [art. 4.2 f)], es una política transversal cuyas exigencias se deberán tener en cuenta en la definición y ejecución de otras políticas y acciones (art. 12), y en la que se debe mantener un nivel de protección elevado (art. 114.3). En este sentido, el art. 169.1 TFUE dispone que, para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, "la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses". La Unión podrá alcanzar esos objetivos a través de medidas que adopte en virtud del art. 114 en el marco de la realización del mercado interior, y mediante medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros (art. 169.2).

Partiendo de la importancia que, a nivel europeo, se otorga a la protección de los consumidores, la normativa derivada en la materia ha sido extensa, pudiendo citarse, a los efectos que aquí interesan, entre otras, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (cuya aplicación se encuentra en el origen de la problemática que el Real Decreto-ley impugnado trata de solucionar), la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, sobre la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, sobre los contratos de crédito al consumo, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, relativa

a los derechos de los consumidores, 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 la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifican diversas directivas en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión.

Todo este conjunto normativo pone de relieve de forma bien clara, a mi juicio, la gran relevancia que en el ámbito europeo se otorga a la protección de los consumidores, relevancia que se manifiesta igualmente en el otorgamiento por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la consideración de normas de orden público a la normativa sobre protección de los consumidores (SSTJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C 488/11, §44; de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C 154/15, C 307/15 y C 308/15, §54; y de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, §89), en atención a la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la normativa europea les otorga. De acuerdo con ello, la STJUE de 21 de abril de 2016 (asunto C 377/14; §76) recuerda que la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una directiva es una obligación imperativa, impuesta por el artículo 288 TFUE, párrafo tercero, y por la propia directiva; y que esa obligación de adoptar todas las medidas generales o particulares se impone a todas las autoridades de los Estados miembros. Es más, la normativa europea en la materia no suele presentarse como una regulación de máximos o uniformadora, sino que faculta a los Estados miembros para mantener o adoptar disposiciones más estrictas, salvo en aquellos ámbitos que se definan como de máxima armonización.

Siendo este el marco en el que se inscribe el mandato constitucional que, como ya se ha señalado anteriormente, sigue los mismos criterios orientadores que las instancias europeas (STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 3), la protección de los consumidores a la que se refiere el art. 51 CE no puede ser entendida como una mera norma orientadora, ni como una simple declaración de voluntad o un deseo del constituyente carente de fuerza normativa, sino, antes al contrario, como una regla de obligado acatamiento, dirigida a todos los poderes públicos, incluido el legislador ordinario, imponiéndoles la adopción de medidas de protección de los consumidores que sean eficaces y que resulten verdaderamente tuitivas de sus derechos ante situaciones en las que puedan verse comprometidos. Y esta es la premisa a partir de la que hemos de efectuar el

examen de la queja que reprocha al art. 3 del Real Decreto-ley 1/2017 la desatención del mandato del art. 51 CE.

3. Pues bien, atendiendo a las consideraciones expuestas en los dos puntos anteriores, estimo que la queja que denuncia la vulneración del art. 51 CE por parte del art. 3 del Real Decreto-ley 1/2017 debería haber sido estimada. No voy a negar que, como se señala en la sentencia de la que discrepo, el establecimiento de la reclamación previa regulada en dicho precepto se encuentra inspirada en un fin legítimo, en la medida en que se pretende proteger el ejercicio de la función jurisdiccional encomendada a jueces y tribunales por el art. 117.3 CE, evitando el posible colapso judicial que podría originar la presentación de multitud de demandas derivadas de la declaración del carácter abusivo y la consiguiente nulidad de las cláusulas suelo y del alcance que esa declaración debía tener, de acuerdo con las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

Ahora bien, el hecho de que el fin perseguido sea legítimo desde el punto de vista constitucional no exime al legislador, a la hora de articular las medidas precisas para su consecución, de la observancia de otras reglas y de otros mandatos constitucionales. Es decir, que esa licitud constitucional del fin perseguido no permite su obtención por cualquier medio, al margen de otros derechos, valores, principios y mandatos constitucionales igualmente dignos de protección, con los cuales debe conjugarse la consecución de esa finalidad constitucionalmente legítima con medidas adecuadas y proporcionadas. Y las medidas establecidas en el art. 3 del Real Decreto-ley 1/2017 para conseguir el fin reseñado se encuentran lejos de respetar esas condiciones, y, en particular, el mandato del art. 51 CE.

a) No se puede ignorar cuál es la situación de partida en la que se encuentran consumidor y empresario (en este caso, las entidades financieras) en relación con la problemática originada por la cláusula suelo declarada abusiva, y que el Real Decreto-ley trata de solventar. Como se dijo en la STC 75/2017, de 19 de junio, FJ 3 a), con referencia al Auto dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha de 19 de noviembre de 2015, asunto Dumitru Tarcău, la aplicación de las normas uniformes sobre cláusulas abusivas a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor responde a la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo que se refiere a su capacidad de negociación como a nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones

redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (SSTJUE Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, apartado 31 del referido Auto, así como Šiba, as. C-537/13, apartado 22). En esta misma línea discursiva se mueve la STC 119/2012, de 4 de junio, FJ 8, que, en relación con los contratos celebrados con el Banco Hipotecario, destacaba que "son contratos predispuestos, en los que la entidad bancaria utiliza un clausulado previamente redactado para sus clientes. Y el hecho de que el contenido contractual haya sido unilateralmente predispuesto impone un mayor control respecto al mismo, de forma que se impidan las situaciones de abuso en la contratación respecto de la parte contractual económicamente más débil". Se parte, pues, del entendimiento de que el consumidor se encuentra en una posición de inferioridad respecto del empresario, en este caso de la entidad financiera, cuando celebra algún tipo de contrato, posición que es propicia a prácticas abusivas, frente a las cuales el consumidor debe estar protegido. Y, en este supuesto, se trata, precisamente, de encauzar las consecuencias de la anulación de una cláusula común en los contratos de préstamo o crédito con hipoteca inmobiliaria, que una resolución judicial declaró abusiva.

Lo lógico, por tanto, sería que el Real Decreto-ley 1/2017 estableciera una regulación que, respondiendo a la finalidad legítima perseguida, fuera realmente tuitiva de los intereses de los consumidores, y tratara de establecer el necesario equilibrio entre las posiciones de las partes; esto es, que, haciendo efectivo el mandato del art. 51.1 CE, en relación con los principios del art. 1.1 CE, permitiera superar la situación de inferioridad del consumidor respecto a la entidad de crédito de la que se arranca como punto de partida. Sin embargo, el Real Decreto-ley hace todo lo contrario: se asienta, como principio inspirador, en la misma dinámica de la que trae causa la necesidad de implantar el sistema de reclamación previa, omitiendo la articulación de las imprescindibles medidas de salvaguardia y fortalecimiento de la posición del consumidor, para dejar todo el poder en manos de las entidades financieras, que no sólo no ven restringida su situación de superioridad respecto del consumidor, sino que, antes al contrario, la ven reforzada, pues se les otorga un relevante papel decisorio tanto en la implantación del sistema de reclamación y sus trámites, como en la propia decisión de la misma, aparte de beneficiarlas con un particular régimen en relación con las costas de los procedimientos judiciales en el art. 4. Al consumidor, en cambio, se le limitan las garantías y las opciones de actuación, que no van más allá de la necesaria presentación de la reclamación para poder obtener la devolución, y de la aceptación, en su caso, del cálculo efectuado por la entidad financiera.

b) En efecto, se aprecia en primer lugar que, pese a lo que se afirma en la sentencia, el art. 3 prescinde del establecimiento de una regulación suficiente, con la inclusión de todas aquellas reglas básicas que conduzcan a garantizar una posición igualitaria de los consumidores frente a las entidades financieras. El Real Decreto-ley no se preocupa en establecer las garantías que debe revestir esa reclamación previa, cuyo contenido, forma de presentación, acreditación del momento en que ésta tenga lugar, las posibilidades de intervención del consumidor a lo largo de su tramitación, o el plazo de que éste dispone para responder a la oferta de la entidad quedan al albur de las propias entidades de crédito, sin que la norma fije condición alguna sobre tales extremos. Tan sólo se añade en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley que las entidades de crédito deberán adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a sus previsiones en el plazo de un mes, articulando procedimientos ágiles, que permitan una rápida resolución de las reclamaciones (apartado 1), y que deben disponer de un departamento o servicio especializado para atender las reclamaciones (apartado 2).

Por otra parte, hay un aspecto relevante que se deja totalmente a la determinación de las entidades de crédito: el referido al interés que han de devengar las cantidades que deben ser objeto de devolución. El Real Decreto-ley no establece nada sobre el particular, ni siquiera alguna regla orientativa, por remisión a alguna otra norma, como la que establecen los arts. 576.1 y 579.2 a) LEC, con lo cual cada entidad podrá fijar el tipo de interés que considere conveniente, de suerte que no quedan garantizados ni que los consumidores reciban un trato igual en este extremo ni la justicia de la solución aplicada en cada caso, que se presta a abusos por la situación de desigualdad en la que esa ausencia de regulación deja al consumidor. Tampoco se establece en el art. 3 de qué momento a qué momento deben computarse los intereses, de forma que este aspecto será decidido igualmente por las entidades de crédito. A mi juicio, se trata de una grave omisión de la norma.

Esto es, nos encontramos con una casi total ausencia de reglas mínimas, de principios básicos, sobre las garantías para los derechos de los consumidores, lo que determina que el procedimiento de reclamación previa sea establecido de manera unilateral por cada entidad de crédito, circunstancia que puede conllevar una disparidad en los procedimientos de las distintas entidades, aparte de que esa carencia de regulación es campo de cultivo abonado para la falta de simetría entre las posiciones de las partes y, en suma, para que se instaure en el sistema la situación de superioridad de las entidades de crédito manifestada en la relación contractual y se generen nuevas situaciones de abuso, cuando, como hemos señalado anteriormente, el mandato

del art. 51 CE es una regla estructural del Estado social, que está dirigida a corregir las desigualdades a las que se enfrentan los consumidores en sus relaciones con empresas tales como las entidades financieras. Y, en lugar de ello, se ahonda en la posición de desigualdad de la que parte la relación contractual entre la entidad financiera y el consumidor, y que la norma debería haber corregido. De hecho, los datos estadísticos recopilados por la Comisión de seguimiento, control y evaluación prevista en el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, y creada y regulada por el Real Decreto 536/2017, de 26 de mayo, han puesto de relieve, entre otros extremos, que, a lo largo de 2017, fueron presentadas denuncias contra numerosas entidades bancarias por alguna asociación de consumidores, quejándose de que dificultaban las reclamaciones, pues obligaban a los reclamantes a pasar por varios trámites innecesarios que entorpecían todo el proceso y retrasaban la devolución efectiva de lo adeudado.

c) En esa misma línea de otorgar una condición preeminente a las entidades financieras, el art. 3.2 del Real Decreto-ley 1/2017 no sólo las convierte en las encargadas de calcular las cantidades a devolver, sino, incluso, en juez del fondo del asunto, permitiéndoles apreciar si la cláusula suelo es o no abusiva, en el sentido del art. 3 de la Directiva 93/13/CEE. En efecto, la norma habilita a las entidades de crédito para determinar si la devolución es o no procedente, lo que, habida cuenta de los supuestos que quedan sujetos al procedimiento de reclamación previa (aquellos contratos de crédito con garantía de hipoteca inmobiliaria que tuvieran incluidas cláusulas suelo, y en los que se hubiese producido falta de información o de transparencia), solo puede dar lugar al entendimiento de que la entidad bancaria está facultada para considerar que, en el caso concreto, la cláusula no era abusiva. Esto supone otorgar a las entidades financieras, incluso, la posibilidad de apartarse de lo fallado previamente por el Tribunal Supremo y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, convirtiéndose así, de manera inexplicable, en juez y parte del asunto. Es de significar que, a 30 de septiembre de 2019, las entidades financieras habían inadmitido 418.617 reclamaciones y habían desestimado 235.256, es decir, en conjunto, un 54,28% de las 1.204.444 reclamaciones presentadas hasta esa fecha, mientras que habían estimado 533.633, que suponen, solamente, un 44,30% de las presentadas. Y desde 1 de junio de 2017 -fecha en que se pusieron en marcha los juzgados especializados en cláusulas abusivas-, hasta finales de 2020, se han presentado más de 580.000 demandas (quedando pendientes de resolver a esa fecha casi 240.000), siendo la tasa de estimación de las pretensiones de los clientes en la vía judicial entre el 97% y el 98%. Las cifras, como se ve, son muy ilustrativas del resultado del procedimiento de reclamación previa.

d) Frente a esta posición preeminente que se otorga a las entidades financieras, al consumidor se le limitan las posibilidades de actuación, que quedan reducidas a asumir la carga de presentar la reclamación previa, y a esperar, en su caso, la obtención de una respuesta expresa y positiva, conteniendo la propuesta que la entidad bancaria le efectúe, para decidir si la acepta o no, ya que esa propuesta se configura como un todo inmodificable, que el consumidor sólo puede aceptar o rechazar *in totum*. Y es que el sistema de reclamación previa es de carácter absoluto, en el sentido de que el consumidor tiene que aceptar o rechazar en su integridad el cálculo que le propone la entidad financiera. No contempla, en cambio, el art. 3 del Real Decreto-ley la posibilidad de que el consumidor pueda formular una contrapropuesta razonada a la entidad de crédito para que ésta reconsidere su oferta. La única vía que se le deja para plantear sus posibles discrepancias es la judicial, Tampoco cabe que el consumidor pueda percibir lo que la entidad le ofrece y acudir ante los tribunales para reclamar la diferencia hasta la cuantía que entienda que le es realmente debida. Se otorga así, una posición de más peso a la entidad de crédito frente al consumidor, mientras que éste queda colocado en la misma situación de partida respecto de aquélla que en el contrato inicial del que trae causa la reclamación, sin capacidad de negociación, pues la única posibilidad que le queda es o aceptar las condiciones establecidas por la entidad en cuanto a las cantidades a devolver o rechazarlas en su integridad, sin poder influir en su determinación.

Se trata de un proceso de adhesión en el que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo referente a la capacidad de negociación como al nivel de información; es decir, se replica la situación que el legislador debería haber tratado de subsanar de acuerdo con el mandato del art. 51.1 CE. Y en esa tesitura de aceptarlo o rechazarlo todo, pesan en la capacidad de decisión del consumidor no sólo la previsión de la posible duración de un procedimiento judicial superior a tres años, de la que ya advierte el preámbulo del Real Decreto-ley, sino el hecho de que, además de los gastos de asesoramiento que, eventualmente, deba soportar para valorar la oferta de la entidad, en principio, tendrá que sufragar los costes de defensa y representación en la vía judicial, sin tener la seguridad de que estos corran de cuenta de la entidad bancaria, en función del régimen de costas que establece el art. 4 del Real Decreto-ley, todo lo cual producirá un importante efecto disuasorio de cara a discutir el cálculo de la devolución que haya efectuado la entidad financiera. Acudiendo a los datos recopilados sobre la aplicación del procedimiento de reclamación previa, se observa que una asociación de consumidores ha denunciado que buena parte de las reclamaciones estimadas están

condicionadas a que los afectados acepten renunciar a recuperar una parte del dinero abonado indebidamente.

Finalmente, puede el consumidor optar por no presentar la reclamación previa y acudir a la vía judicial directamente, supuesto en el que, a la ya indicada duración previsible del litigio, se añade la casi absoluta seguridad de tener que asumir los gastos de su defensa y representación, sin posibilidad de obtener una condena en costas de la entidad financiera, teniendo en cuenta la regulación que para estos casos establece el art. 4.2 del Real Decreto-ley, condiciones que también producen un innegable efecto disuasorio, como ha reconocido la sentencia en su fundamento jurídico 11 B), y que empujan de manera evidente a la presentación de la reclamación previa y a aceptar lo que la entidad financiera ofrezca.

e) Al dejar en manos de cada entidad financiera el establecimiento del sistema de reclamación previa, sin que el Real Decreto-ley haya incluido en el art. 3 una regulación mínima y uniforme suficiente, los consumidores no tienen una expectativa clara sobre lo que pueden exigir a las entidades financieras o lo que pueden esperar de ellas cuando presenten su reclamación previa. Se aprecia una falta de previsibilidad en la norma, que es especialmente patente en cuanto a la información a los consumidores por parte de las entidades de crédito sobre el sistema de reclamación, que, más allá del inciso final del art. 3.1 (según el cual las entidades de crédito "deberán garantizar que ese sistema de reclamación es conocido por los consumidores que tuvieran incluidas cláusula suelo en su préstamo hipotecario"), no permite conocer con mayor certeza cómo ha de llevarse a cabo esa información para que quede garantizado el conocimiento por parte de los consumidores, y para que éstos puedan exigir esa información.

Este extremo es especialmente relevante, porque la información es uno de los elementos esenciales de protección de los consumidores tal y como se desprende del art. 51.2 CE, que impone a los poderes públicos el deber de promover la información de los consumidores, aspecto en el que también ha incidido de manera reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, insistiendo en la necesaria información al consumidor de las condiciones contractuales y de las consecuencias del contrato (por todas, sentencia de 21 de marzo de 2013, asunto *RWE Vertrieb*, C-92/11, §44), doctrina perfectamente trasladable aquí, en la medida en que la reclamación previa concluye en un acuerdo (si se llega al mismo) entre la entidad financiera y el consumidor (art. 3.4). No es, por tanto, suficiente con disponer que las entidades de crédito deberán garantizar que el sistema de reclamación sea conocido por todos los

consumidores que tuvieran incluidas cláusulas suelo en su préstamo hipotecario, sin mayor especificación, pues del apartado 2 de la disposición adicional primera, relativa al "Régimen de adaptación de las entidades de crédito", parece deducirse que las entidades de crédito pueden cumplir esa garantía con la sola puesta a disposición de sus clientes de la información en sus oficinas y en sus páginas web, en la forma que cada una de ellas determine, sin necesidad de una comunicación personal, lo cual no es suficiente garantía de que todos y cada uno de los consumidores afectados sean informados debidamente respecto a cuáles son sus derechos en cuanto al conocimiento de la existencia de cláusula suelo en su contrato de préstamo con garantía hipotecaria y en relación con el procedimiento de reclamación previa.

En definitiva, sobre este aspecto se puede afirmar, pues, que el art. 3 del Real Decreto-ley 1/2017 adolece de la necesaria seguridad jurídica, pues no permite a los ciudadanos tener un conocimiento cierto y suficiente acerca del régimen de la reclamación previa como son los términos en los que debe producirse la información a los clientes afectados, sus derechos durante la sustanciación de la reclamación previa, las posibilidades de intervención en la misma o el tipo que ha de aplicarse a los intereses que se les deben abonar, y tampoco ofrece un contenido que permita conocer a los consumidores de manera previsible las consecuencias de la presentación de la reclamación, puesto que la inmensa mayoría de las condiciones referidas a la misma quedan a la libre determinación de cada una de las entidades de crédito.

f) En paralelo a la entrega del régimen de la reclamación previa y de las decisiones inherentes a la misma a las entidades de crédito, nos encontramos con el problema, no menor desde la perspectiva del consumidor, de la absoluta falta de previsión de un control sobre la aplicación del sistema de reclamación previa por las entidades financieras que sirva para tutelar a los consumidores frente a ellas. No puede otorgarse esa condición al órgano de seguimiento que puede regular el Gobierno, de acuerdo con la disposición final tercera, párrafo a), que no deja de ser un órgano de conocimiento de los datos generales que produzca la implementación del sistema de reclamación previa, pero que no puede considerarse, realmente, un órgano de control de la actuación de las entidades financieras en la resolución de las reclamaciones previas. No hay previsión de algún órgano que tutele a los consumidores con ocasión de la presentación y decisión de la reclamación, ni siquiera por remisión a otra normativa.

En efecto, tal y como pone de relieve esa disposición final tercera, y ratifica la regulación del Real Decreto 536/2017, la comisión de seguimiento, control y evaluación no tiene una

intervención activa en el procedimiento de reclamación previa, sino que es un órgano colegiado de carácter representativo (art. 1.3 del Real Decreto 536/2017) al cual las entidades de crédito han de remitir, a través del Banco de España, la información que les requiera y, en todo caso, la referida a cifras globales sobre reclamaciones presentadas, con especificación de cuántas han acabado con acuerdo y cuántas sin él, el importe que supongan, número e importe de las medidas compensatorias ofrecidas a los consumidores distintas de la devolución del efectivo y su resultado, así como sobre el sistema implantado para garantizar la comunicación previa a los consumidores.

Lo relevante es que no se contempla que los consumidores puedan dirigirse a dicha comisión con objeto de plantearle cuestiones atinentes a su reclamación previa, y que no puede incidir sobre el resultado de la reclamación más allá de la proposición con carácter general de las medidas que considere necesarias para impulsar una correcta implantación del mecanismo extrajudicial de reclamación. La comisión no es un órgano de solución de controversias o quejas promovidas con ocasión de la tramitación y resolución de una reclamación previa, sino de seguimiento del funcionamiento del sistema implantado por el Real Decreto-ley, por lo que no añade nada a los mecanismos con los que cuentan con carácter general los consumidores para solventar los problemas surgidos en relación con la actuación de las entidades de crédito. Por tanto, habrían de acudir al procedimiento de reclamación o queja ante el Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros correspondiente, de acuerdo con lo previsto en los arts. 29 y 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, lo que exigiría la previa formulación de la reclamación o queja por escrito dirigido al departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al Defensor del Cliente de la entidad financiera.

En todo caso, según lo establecido en el art. 12 de la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, el expediente de la reclamación concluirá con un informe motivado, que deberá contener unas conclusiones claras en las que se haga constar si de lo actuado se desprende quebrantamiento de normas de transparencia y protección y si la entidad se ha ajustado o no a las buenas prácticas y usos financieros, pero que no tiene carácter vinculante y no tendrá la consideración de acto administrativo recurrible, sin perjuicio de que pueda incoarse posteriormente un procedimiento sancionador en aplicación de

la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Ahora bien, esta vía quedaría cerrada a las cuestiones que, normalmente, pueden derivar de la reclamación previa regulada en el Real Decreto-ley, tales como la procedencia de la devolución y su cuantía, ya que esos extremos no pueden ser objeto de reclamación o queja, que serían inadmitidas por falta de competencia por parte de los servicios a los que corresponde resolverlas, de acuerdo con el art. 10.1 de la citada Orden ECC/2502/2012. Así pues, no hay ninguna instancia administrativa a la que el consumidor pueda acudir si obtiene una respuesta negativa o no acorde con sus pretensiones a la reclamación previa planteada, quedándole como única alternativa la vía judicial o, en su caso, arbitral.

g) En definitiva, de acuerdo con todo lo hasta aquí expuesto, se puede concluir que la regulación del procedimiento de reclamación previa se asienta sobre la premisa de otorgar una situación de indudable ventaja a las entidades financieras, mientras que se coloca a los consumidores en una posición de subordinación frente a aquellas, y esa forma de abordar la solución a un previsible problema, originado -no lo olvidemos- por las propias entidades financieras, no puede considerarse conforme con el mandato del art. 51 CE, que, como antes he señalado, es una regla estructural del Estado social, ya que ese precepto, en conexión con el art. 1.1. CE, se dirige a corregir las desigualdades generadas en el funcionamiento del mercado entre empresarios y consumidores. La regulación que incluye el art. 3 del Real Decreto-ley 1/2017 no sólo no corrige esas desigualdades, sino que las potencia, favoreciendo el mantenimiento e, incluso, el acrecentamiento de la situación de superioridad de las entidades financieras, con la correlativa desprotección de los consumidores, que son situados, una vez más, en una posición de inferioridad, con merma de las garantías de sus legítimos derechos.

Por las razones expuestas, no comparto la decisión de la sentencia a la que formulo este voto, que ha declarado constitucional la regulación del art. 3 del Real Decreto-ley 1/2017. Considero que dicho precepto resulta contrario a las previsiones del art. 51 CE, por lo que se debería haber producido un pronunciamiento de inconstitucionalidad respecto del mismo.

Y, en este sentido, emito mi voto particular.

Madrid, a dieciséis de septiembre de dos mil veintiuno.