

UTILIZAR CLÁUSULAS SUELO NO CONSTITUYE UNA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA¹

Encarna Cordero
Catedrática de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 8 de abril de 2014

Diversas administraciones autonómicas de consumo han iniciado de forma masiva procedimientos sancionadores por la existencia de cláusulas suelo en escrituras de préstamo hipotecario². Contamos también con experiencias judiciales que revelan la imposición de sanciones por esta razón³. Sobre todo desde la STS, Sala Civil, de 9 de mayo de 2013, *estas decisiones son absolutamente incorrectas* por las razones que exponemos a continuación:

La cláusula suelo NO es abusiva (STS, Sala Civil, 9 de mayo 2013)

De acuerdo con lo previsto en el art. 49.1 i) del TRLCU, las administraciones de consumo pueden imponer sanciones por la introducción de cláusulas abusivas en los contratos, pero resulta que *el Tribunal Supremo ha establecido que la cláusula suelo no es una cláusula abusiva* y, por tanto, su utilización no podría ser un hecho constitutivo de la infracción reseñada. En efecto, en la STS, Sala Civil, de 9 de mayo de 2013, se afirmó que la cláusula suelo no es una condición general abusiva: el TS consideró que *«(n)o es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial*

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

² En el Principado de Asturias, según noticia disponible a fecha de hoy en diversos medios: <http://www.elmundo.es/economia/2014/02/26/530df31622601d74168b4572.html>; <http://www.elcomercio.es/v/20140316/economia/consumo-elimina-clausulas-suelo-20140316.html>

³ Cfr. S Tribunal contencioso-administrativo nº 1 de Vitoria-Gasteiz de 19 septiembre 2012.

fijado y los topes señalados como suelo y techo...» (§ 257). «Más aún, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo...» (§ 258). Se concluye que «corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador...» (§ 259). Se repara, además, en que su licitud está presupuesta por el Legislador y en las consecuencias (el encarecimiento del crédito) que tendría su supresión legal: «... desde la perspectiva de la utilidad práctica de la existencia de tales cláusulas para el consumidor, el apartado 4 del IBE indica que “[s]u eventual supresión podría conllevar o bien el descenso del volumen de crédito hipotecario disponible, o bien el aumento del coste del crédito y la reducción del plazo de las operaciones» (§ 262).

No son punibles las conductas cuando existen serias dudas sobre su abusividad (STS, Sala 3ª, de 24 septiembre 2009)

Pero todavía se podría argumentar que no contamos con *jurisprudencia*, en el estricto sentido del art. 1.6 CC, que determine la validez de la cláusula suelo, pues el Tribunal Supremo sólo ha dictado una sentencia en este sentido y es doctrina sobre el art. 1.6 CC que hacen falta al menos dos sentencias para establecer jurisprudencia. También este argumento es fácilmente contestable, no sólo porque se trate de una sentencia de pleno a la que habría de dársele un especial valor, sino, sobre todo y fundamentalmente, porque *la STS de 9 mayo 2013, al determinar la no abusividad de las cláusulas suelo, supone que existen serias dudas sobre el carácter abusivo de la cláusula y, por tanto, la improcedencia de que tales conductas puedan ser constitutivas de infracción administrativa*. Si bien no hay prejudicialidad civil y, por tanto, la Administración pública es competente para apreciar por sí sola la existencia de abusividad, sin embargo, no se podrá determinar el carácter abusivo de la cláusula cuando existan serias dudas sobre su nulidad. Éste es el criterio que utilizó el propio Tribunal Supremo, Sala 3ª, en sentencia de 24 noviembre 2009, en el enjuiciamiento de la cláusula de redondeo al alza en préstamos hipotecarios, antes de que su utilización fuese prohibida por el Legislador: si existen dudas razonables acerca de la punibilidad de la conducta, entonces la sanción no es procedente. No son nada desdeñables las consideraciones del Tribunal en este caso: «... efectivamente, y como expresa la entidad recurrente, esa cláusula que se incluía en los contratos citados se admitía en la práctica financiera, y aun cuando puedo estar bajo sospecha era una práctica aceptada, y a la que ningún reparo puso el Banco de España que la asumía y le daba plena validez hasta que la misma fue prohibida del modo en que se practicaba... En esas condiciones no es posible sancionar esa conducta... cuando había dudas razonables acerca de la punibilidad o no de la misma.»

La consecuencia puede colegirse: si el TS (Sala 3ª) consideró que antes de su prohibición el carácter abusivo de la cláusula de redondeo alza, era dudoso, con mayor razón habrá de estimarse que existen, al menos, dudas razonables sobre la validez de la cláusula suelo cuando la misma ha sido expresamente afirmada por el TS (Sala 1ª) y, además, la normativa aplicable sigue la contemplando como una previsión posible de las escrituras de préstamo hipotecario (cfr. la Ley 1/2013 y la Orden EHA/2899/2011).

El Tribunal Supremo ha determinado la nulidad por falta de transparencia, pero esta conducta no está tipificada como infracción administrativa

En un pronunciamiento desafortunado, sobre el que no voy a extenderme aquí⁴, el TS (Sala Civil) consideró que las cláusulas suelo cuestionadas en el caso concreto sometido a su consideración eran nulas por falta de transparencia. Lo cierto es que esta causa de nulidad no está tipificada en la legislación de consumo y, por tanto, la Administración de consumo no podría imponer una sanción ni siquiera aunque apreciase que, en un caso concreto, la cláusula suelo no es transparente.

Tampoco existe infracción por un pretendido incumplimiento de obligaciones de información que induzcan a engaño o confusión [art. 49.1 d) del TRLCU]: necesidad de que la conducta sea culpable

Como resulta que algunos órganos judiciales han anulado cláusulas suelo por error en la contratación y dado también que el Tribunal Supremo (sentencia de 9 mayo) estimó que, en ciertas condiciones, las cláusulas suelo pueden ser nulas por falta de transparencia en la medida en que no permitan «comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato» (§ 215 de la sentencia comentada), ¿cabría sostener que la utilización de cláusulas suelo “no transparentes” podría constituir una infracción administrativa conforme al art. 49.1 d) del TRLCU⁵? La respuesta afirmativa sería

⁴ Puede consultarse CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO, «El espúreo control de transparencia sobre cláusulas suelo», en la Revista CESCO de Derecho de Consumo.

⁵ De acuerdo con esta regla, constituye infracción administrativa «La alteración, adulteración o fraude en bienes y servicios susceptibles de consumo por adición o sustracción de cualquier sustancia o elemento, alteración de su composición o calidad, incumplimiento de las condiciones que correspondan a su naturaleza o la garantía, arreglo o reparación de productos de naturaleza duradera y en general cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del bien o servicio.

totalmente equivocada, pues la norma sanciona al empresario que con su conducta indujo a engaño o confusión. ¿Y cómo va a existir esa conducta inductora en quien utiliza cláusulas suelo válidas y previstas en el Ordenamiento?

Es preciso advertir que, de acuerdo con un criterio reiterado en sancionadora, la conducta tipificada ha de haber sido «culpable», requisito que exige que el infractor haya incurrido en dolo o negligencia grave, como glosa perfectamente la STS, contencioso-administrativa de 25 junio 1997: *«si bien con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992 se carecía de un pronunciamiento legal expreso y general sobre el tema, la jurisprudencia de este Tribunal ha venido manteniendo ... la necesidad de que se repunte la culpabilidad como elemento esencial de la infracción administrativa, sobre todo a partir de las Sentencias de 24 enero y 9 mayo 1983, y llegando a su culminación semejante criterio con la conocida Resolución del Tribunal Constitucional de 26 abril 1990, en relación con el enjuiciamiento de la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 10/1985, y al dar por supuesta la necesidad de que ha de concurrir dolo o negligencia grave en el sujeto para que pueda imponerse válidamente la sanción correspondiente.»* Es, precisamente, la falta de dolo o culpa grave lo que determina la exoneración de responsabilidad del que obra en la creencia invencible de que la acción que realiza es ajustada a Derecho, así como también del que actúa con error de prohibición (cfr. STS, contencioso-administrativo, 30 diciembre 1997). De este modo, sin culpa no puede haber responsabilidad administrativa.

Conclusión necesaria: improcedencia de sanciones administrativas

Por las razones que hemos expuesto no creemos ajustada a Derecho la imposición de sanciones administrativas por el hecho de haber pactado cláusulas suelo ni, obviamente, tampoco por su aplicación efectiva dentro de los márgenes establecidos en el contrato. Sostener lo contrario no sólo no va a proteger mejor a los consumidores (quienes finalmente tendrán que pagar las cantidades de todos modos), sino que, además, multiplicará de una manera absurda los costes administrativos y judiciales en el enjuiciamiento de los múltiples recursos que previsiblemente y, con plenos fundamentos, formalizarán las entidades condenadas.