

**LAS ADMINISTRACIONES DE CONSUMO NO PUEDEN SANCIONAR
COMO CLÁUSULAS ABUSIVAS PRECIOS “USURARIOS” EN EL
NEGOCIO DE COMPRA / RECOMPRA DE ORO¹**

*Ángel Carrasco Perera
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

1. Ha llegado a conocimiento de este Centro una resolución de la Agencia Catalana de Consumo por la que se sanciona, como infracción de consumo del art. 49.1 i) LGDCU (“la introducción de cláusulas abusivas en los contratos”), el precio de recompra establecido en un contrato de compraventa de oro con pacto de recompra, por considerar que a tenor de la Ley constituye una cláusula abusiva la diferencia en un 24% en el margen existente entre el precio que el establecimiento paga al usuario vendedor y el que le cobra si éste desea ejercitar su derecho de recompra en el tiempo determinado en el contrato. La actuación administrativa, si quiera bienintencionada, nos parece lo suficientemente grave como para merecer unas líneas que expliquen por qué no deben producirse intervenciones administrativas de este tenor.
2. Es sabido que en el debate sobre la licitud del control de los “elementos esenciales” del contrato por medio del Derecho de cláusulas abusivas, el TJUE ha resuelto de modo salomónico que los Estados miembros están habilitados para proceder a una protección suplementaria de los consumidores, de forma que puedan extender el control impuesto por la Directiva 13/1993 a los elementos esenciales del contrato de que se trate. Este Centro ha defendido siempre que no existe ninguna razón para excluir del control de contenido a los elementos esenciales del contrato. Con todo, es preciso hacer distinciones necesarias, a riesgo de en otro caso, acabar en un activismo judicial o administrativo contrario al sentido común y a las libertades de mercado. En la forma que sigue.

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, 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

3. Para que un elemento esencial del contrato (precio, cosa, servicio, etc) pueda ser controlado conforme al procedimiento del art. 82 LGDCU es preciso que este elemento haya sido definido, determinado, concretado, *por medio de una cláusula contractual*. Una cláusula es un enunciado normativo que contiene una regla de Derecho creada por el consentimiento de las partes. No es una cláusula en el sentido legal el texto del contrato por el que se establece que, por ejemplo, el precio de compra es X € o el precio de recompra es Y €. De hecho, y más claro, “X euros” no es una *regla* de Derecho. Éstos no son enunciados normativos en el sentido legal. En cambio, se trata de una cláusula sobre un elemento esencial el enunciado normativo en que, por ejemplo, se determina que al precio inicial se le sumará x euro por impresión de tarjeta de embarque o que el precio se obtendrá mediante la suma de fracciones temporales no divisibles por el tiempo real de consumo o que el interés remuneratorio del contrato se incrementará en una cifra si desciende la razón matemática entre valor del activo y montante del riesgo.
4. El único caso en el que la LGDCU permite un control directo sobre el elemento esencial no determinado mediante una cláusula es el de las “garantías desproporcionadas” en el art. 88.1 Esto debería haber servido a la Administración de consumo para advertir que sus pretensiones iban erradas, no sólo por el valor indudable que tiene aquí la regla *inclusionis unius exclusionis alterius*, sino porque un examen más profundo del caso revela que el montante de una garantía puede ser controlado por medio de un control de reglas merced a que *el valor de la garantía tiene que ser proporcional al valor del riesgo subyacente*, y por eso, porque existe este “enganche” que permite realizar un juicio de razonabilidad sobre el “precio”, es por lo que la Ley habilita el control sobre el núcleo “duro” del contrato de garantía. En un contrato de compra con pacto de recompra no hay “anclaje” que permita realizar un juicio de razonabilidad, por lo que toda condena basada en estimaciones subjetivas es arbitraria, especialmente cuando se realiza por una Administración.
5. No obstante la importancia de lo anterior, los argumentos fundamentales para considerar injustificada la imposición de una sanción de esta clase son los que siguen.
6. La resolución de la Agencia catalana cita expresamente como fundamento de decisión la Ley de Usura de 1908, que de alguna manera- sin entrar en explicaciones- vincula en los “VISTOS” con los arts. 82 y sigts de la LGDCU. Es cierto que en numerosas ocasiones se producen sentencias relativas a contratos de crédito en que el juzgador aplica conjuntamente el estándar de “abusividad” de la LGDCU y el específico de “usurario” de la Ley de 1908. Yo no he visto nunca, empero, que ello se haga en un

contrato de compraventa con facultad de recompra. Todos los ejemplos son de contratos de crédito, y el objeto del doble control son los intereses, y casi siempre los moratorios. Incluso si se despreciara esta distinción entre contratos de crédito y contratos de cambio, la práctica de aplicar conjuntamente el doble estándar no está disponible para las Administraciones de consumo.

7. Primero, la competencia sobre la Ley de Usura es una competencia retenida en el Poder Judicial del orden civil. Es evidente, no sólo por el conocido como principio de competencia en el ámbito administrativo (a saber, ninguna Administración pública ostenta competencias que no le hayan sido atribuidas por una norma de rango suficiente), sino porque el predicado normativo de la ley de usura es la “nulidad” del contrato individual tachado de usurario. No existe norma alguna atributiva de competencia sancionadora a una Administración de consumo – ni debería haberla, por bien de la seguridad jurídica- que defina como supuesto de hecho de una infracción administrativa “la introducción” de intereses usuarios en un contrato de crédito. Como la jurisdicción civil está investida de la competencia para aplicar el doble estándar, en el fondo *da lo mismo* qué fundamento de decisión elijan. Y normalmente no eligen de modo directo, como *ratio decidendi*, la Ley de Usura, sino la LGDCU, y se *ayudan* de la Ley de Usura para concretar el estándar de abusividad.
8. La “introducción” de intereses usurarios en un contrato que no ha sido declarado nulo por el tribunal civil es un *non sequitur* del cual la Administración de consumo no puede derivar ninguna competencia. Y si el contrato ha sido anulado, tampoco, porque hasta el día de hoy la única sanción dispuesta es la restitución *penalizada* que impone la Ley de Usura. La competencia retenida del orden judicial civil se explica y se justifica, además, porque para la predicación del calificativo “usurario”, el aplicador del Derecho tiene que hacer diversas *ponderaciones* de intereses y *concreciones* de conceptos jurídicos indeterminados, que no están a disposición de la Administración pública. Así, la determinación de cuál es el “interés normal del dinero” en las situaciones similares a la examinada – la Agencia catalana debería haber hecho, que no ha hecho, un estudio intensivo sobre los “precios de recompra” en el mercado relevante de los establecimientos de compra y venta de oro- , o si el prestatario se encontraba en una situación de agobiante necesidad, o si el préstamo ha simulado mayor cantidad que la realmente recibida. Ningún tribunal dicta una sentencia de nulidad por usura sin hacer todas éstas ponderaciones relevantes. Por ello, incluso de haber existido una competencia administrativa, la resolución de la Agencia sería nula por falta absoluta de motivación.

9. Los contratos de compraventa con pacto de recompra pueden ser usurarios, ha dicho el TS en alguna ocasión, pero no son contratos simulados *directamente convertibles* en préstamos disimulados. Esto es especialmente más notorio – y también ha sido dicho por el TS- en Cataluña, donde siempre ha estado vigente la “compraventa a carta de gracia”, que realiza por medio de un contrato de compraventa una finalidad que puede ser de garantía. La Agencia catalana habla de interés. Pero para ello hubiera sido preciso que el contrato de compraventa de oro fuera calificado de contrato *disimulado de préstamo con prenda*. Con independencia de si estos contratos pueden recalificarse de esta forma, la recalificación en cuestión no sería competencia de una Administración pública. En cualquier caso, hubiera sido al menos preciso que la Agencia hubiera desarrollado alguna argumentación en este sentido, para justificar la calificación simulatoria. No lo ha hecho – no podía hacerlo- y por ello vuelve a incurrir en ausencia de motivación.

10. Vayamos, finalmente, a un análisis consecuencialista. Casi nunca lo hacen las Administraciones de consumo cuando sancionan, de manera que acaban matando la gallina para salvar el huevo. Veamos por qué. Los que acuden a este emergente mercado de compra y venta de oro son consumidores ya marginalizados de los canales ordinarios de financiación. Ningún banco les prestará. Pero ellos necesitan dinero, y por eso venden las joyas de familia. Hay tres soluciones consecuenciales. O los “usureros” dejan este mercado, y nadie presta a los infelices. O el mercado se “negrea” absolutamente, dejando de existir establecimientos (que pagan impuestos), pero no usura, como ocurre con el mercado de la droga. O, finalmente, en la mejor de las hipótesis para el menesteroso, el mercado “oficial” reacciona mediante la oportuna estrategia contractual. La estrategia que se me ocurre es la siguiente. Existen carteles o tabloncillos con el precio de recompra, pero no con el de reventa. Privadamente y sin escrito se le dice al cliente que si quiere recomprar tiene un mes y que antes de venir llame para enterarse de a cuánto está el precio por la venta de su joya. El negocio no habrá dejado rastro, salvo la compra y su precio. Y un negocio que, acaso no muy honorable, pero que todavía tiene trazas de una mínima formalidad contractual, acabará convertido en un negocio en el que el menesteroso no podrá dejar rastro.