

LA PENDENCIA SOBRE EL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA DEBE VALORARSE A EFECTOS DE GRADUAR INFRACCIONES Y SANCIONES*

José María Martín Faba**

*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 6 de mayo de 2018

Hubo hace algún tiempo una lid en el seno de la jurisprudencia contencioso-administrativa en la que se discutía si la Administración podía sancionar a los empresarios por la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores sin necesidad de que un juez del orden civil hubiese declarado precedentemente abusiva la cláusula en cuestión o, si, por el contrario, la sanción administrativa requeriría de una previa declaración de abusividad de la cláusula por un órgano judicial civil. Así, nos informó la Profesora ENCARNA CORDERO¹ que existían Juzgados de lo Contencioso Administrativo y Tribunales Superiores de Justicia que si inclinaban por la primera postura mientras que otros lo hacían por la segunda. Con todo, la controversia descrita quedó resuelta a favor de la primera tesis ya que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (STS núm. 1557/2017, de 16 septiembre 2017) estableció como doctrina que la Administración puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores sin necesidad de previa declaración judicial del orden civil². De este modo, la apreciación del carácter abusivo de cláusulas contractuales no es tarea reservada a jueces y tribunales, sino que asimismo ha de ser realizada por la Administración encargada de sancionar la comisión de conductas consistentes en la utilización de cláusulas abusivas en los contratos, por

* Trabajo realizado en el marco del contrato predoctoral para la formación de personal investigador en el marco del Plan Propio de I+D+i de la UCLM [2016/14100]; y de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

** ORCID ID: 0000-0002-4826-8140

¹ CORDERO LOBATO, E.: “No cabe sanción administrativa por ‘introducción de cláusulas abusivas en los contratos’ sin declaración judicial previa del carácter abusivo de la cláusula”, Revista CESCO de Derecho de Consumo núm 22 (2017);

² Comentada por CORDERO LOBATO E., “Cabe sanción por cláusulas abusivas sin previa declaración de abusividad”, CESCO,
http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Sanciones_por_clausulas_abusivas.pdf.

más que pueda ser criticable la actividad probatoria que suele llevar a cabo la Administración y su insuficiente capacidad para fundamentar adecuadamente el juicio de abusividad³. Ahora bien, la declaración de abusividad de una cláusula en el seno del procedimiento administrativo *no producirá efectos fuera y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente*.

Pues bien, la sentencia anotada (STSJ de País Vasco [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª] núm. 573/2016 de 28 diciembre [RJCA\2017\195]), aunque anterior a la citada resolución del Tribunal Supremo, es partidaria de la doctrina expuesta y estima procedente que la Administración imponga una sanción a un banco por la inclusión de una cláusula abusiva en un préstamo hipotecario sin que esta hubiera sido declarada abusiva con anterioridad por un juez de la jurisdicción civil.

En efecto, la sentencia recaída en la instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el banco contra la resolución administrativa que la impuso una sanción de multa por importe de 30.000 €, por la comisión de la infracción prevista en el artículo 50.4.g) de la Ley vasca 6/2003, de 22 de diciembre, del Estatuto de las personas consumidoras y usuarias, por incluir en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria otorgados por la entidad una cláusula de comisión de posiciones deudoras abusiva. El banco recurre la sentencia por varios motivos, dos de ellos dignos de análisis. El primero, alegando la infracción del principio de tipicidad pues a su juicio las cláusulas de comisión de gestión de reclamación de impagados no resultan abusivas "per sé", debiendo tenerse en cuenta su eventual carácter abusivo no de forma abstracta, sino valorando individualmente en función de la concurrencia de distintas circunstancias. En este sentido hace eco la entidad financiera de un Auto de un incidente de oposición a la ejecución hipotecaria en el que la Audiencia no declara abusiva la cláusula que refleja la comisión por posiciones deudoras ya que el banco ejecutante excluyó de la reclamación cualquier cantidad por ese concepto. En el segundo motivo el banco recurrente aduce infracción del principio de culpabilidad por inexistencia en su actuación de dolo, negligencia y solo una simple inobservancia por su parte.

Pues bien, en relación al primer motivo el TSJ afirma que es lógico que el Auto que resolvía la oposición a la ejecución hipotecaria no declarara abusiva la cláusula que fijaba la comisión porque el banco no reclamó ningún importe por ese concepto y por

³ CARRASCO PERERA, A.: "Nulidad de cláusulas abusivas apreciadas directamente por la Administración", CESCO, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/10/Nulidad-de-clausulas-abusivas-apreciadas-directamente-por-la-Administracion.pdf>.

ende aquella no tenía incidencia en el proceso. Recuérdese que según la legislación española en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria solo se pueden apreciar la abusividad de cláusulas *que fundamenten la ejecución o determinen la cantidad exigible*⁴. A mayor abundamiento, cita el Tribunal numerosas resoluciones que sí declaran la abusividad en abstracto de cláusulas referidas a comisiones por reclamación de recibos impagados. En consecuencia, el TSJ desestima el motivo del banco. A mi juicio, es manifiesto que el banco no tiene la razón pues da igual, a efectos de realizar el control de abusividad en el seno del procedimiento sancionador, que este hubiera o no aplicado efectivamente la cláusula y que hubiera, por consiguiente, cargado o no algún importe al prestatario por ese concepto ya que, repárese, en el procedimiento administrativo no se podría condenar a la devolución de cantidades a consecuencia de la nulidad de la cláusula. Nótese, pues, que el control de abusividad que precisamente debe realizar la Administración ha de ser un control en abstracto con la única finalidad de determinar si el empresario ha cometido la infracción tipificada a efectos de imponerle la correspondiente sanción.

Asevera por otra parte el TSJ que el segundo de los motivos también debe decaer pues en el momento de la inclusión de la cláusula que reglamenta la comisión en el contrato ya había resoluciones que la anulaban. Con todo, aquí fallan los razonamientos del TSJ porque existen elementos que deben tenerse en cuenta para valorar la culpabilidad y la determinación de la sanción. En efecto, cierta jurisprudencia tanto del TS (STS – Sala Contencioso Administrativo- de 20 diciembre 1999 RJ 1999\9630) como del TC (STC 62/1982, de 15 de octubre RTC 1982/62) ha declarado que si bien se pueden incluir como infracciones conductas que supongan conceptos jurídicos indeterminados, como es el carácter abusivo de cláusulas contractuales, esta circunstancia debe tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y la determinación de la sanción. Así pues, obsérvese que el carácter abusivo de la cláusula concreta del caso que establece la comisión por posiciones deudoras es en verdad incierto pues todavía no ha sido enjuiciada por un juez de la jurisdicción civil, habiendo copiosa jurisprudencia que enjuicia cláusulas idénticas como nulas pero existiendo también resoluciones que manifiestan lo contrario. Por tanto, creo que la falta de certeza sobre el carácter abusivo de la cláusula específica del banco sancionado debería tenerse en cuenta para graduar la sanción. Es decir, no puede imponerse la misma sanción a un empresario cuya cláusula ya ha sido declarada abusiva por un juez el orden civil, pues

⁴ Con todo, nótese que esta afirmación sería cuanto menos dudosa a la luz de la doctrina de la STJUE de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350, apartado 32), que establece la obligación del juez de examinar de oficio la existencia de cláusulas abusivas cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Según esta doctrina podría declararse abusiva en la ejecución hipotecaria una cláusula que no sea fundamento de la ejecución ni determine la cantidad exigible.



ya no existe incertidumbre sobre su validez y si continuara incluyéndola en contratos con consumidores concurriría inexcusablemente en una actuación dolosa o culposa, que a otro cuya cláusula todavía no ha sido declarada abusiva por un órgano judicial civil, pues esta aún puede considerarse válida y su inclusión en el contrato supondría más bien una falta de prudencia por parte de la entidad.