

NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS APRECIADAS DIRECTAMENTE POR LA ADMINISTRACIÓN*

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

Fecha de publicación: 11 de octubre del 2016

La SJConAdm 1 Vitoria Gasteiz de 30 junio 2016 no es menos importante por el hecho de provenir de un órgano de primera instancia ni por ser un órgano judicial “administrativo” el que resuelve de una forma casi prejudicial una cuestión civil como es la validez o nulidad de una cláusula bancaria que impone al cliente incumplidor una “comisión (fija) por posición deudora cada vez que incumple. El banco argumenta que la Administración Pública no puede imponer sanciones de consumo (el uso de cláusulas abusivas) sin que un juez civil haya declarado la nulidad de tal cláusula. Lo contrario infringiría el principio de tipicidad. En esta parte de la argumentación el elemento fáctico traiciona el propósito del banco, porque ciertamente hay abundante jurisprudencia civil que ha sancionado cláusulas equivalentes, si bien no parece haber ninguna que haya sancionado con nulidad la específica del banco sancionado.

Dejando de lado este último extremo fáctico, la sentencia decide, fundamenta, y aporta precedentes de la jurisdicción contenciosa, de que no existe prejudicialidad civil y los órganos administrativos pueden realizar la ponderación directa del tipo de infracción con la cláusula de que se trate. Ciertamente es una *desgracia* – añado yo- que las cosas sean así, especialmente cuando se conoce la manera en que se desempeñan – incuria probatoria, demagogia, falta de análisis causal, formulismo del juicio de tipicidad- las Administraciones autonómicas. Pero, desgracia o no, el Juzgado acierta en su doctrina, que ya no debería ponerse más en cuestión, a la luz de la jurisprudencia existente, que el juzgador cita. Es cierto que se pueden producir decisiones contradictorias entre la jurisdicción civil y los órganos y tribunales propios del orden administrativo. Pero también se producen todos los días decisiones contradictorias sobre las mismas causas

* Trabajo realizado en el marco 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, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.



por parte de los tribunales del orden civil en casos sustancialmente idénticos. Es decir, ni siquiera se podría elevar una queja de inconstitucionalidad al respecto (“una cosa no puede existir y no existir según el tipo de jurisdicción”), porque sustancialmente el operador administrativo podría siempre encontrar una resolución civil de cualquier tribunal en la que fundarse.

Dicho esto, hay dos extremos de la sentencia sobre los que conviene hacer una elucidación.

En primer lugar, la meritada “comisión por posición deudora”. La cláusula es sustancialmente nula porque la comisión no responde a ningún coste real, toda vez que aquella no elimina la eventual penalidad por demora. No se trata, pues, de una situación de “falta de equilibrio contraria a la buena fe”, sino, bien de una carencia de requisitos de inclusión (la cláusula es oscura, no transparente), bien de una nulidad material por infracción de norma imperativa (se carga una comisión que no obedece a costes reales). Ciertamente también se podría reconducir a la nulidad propia de las cláusulas negociadas si la comisión fuera, además, irrazonablemente alta, pues se incurriría en una “garantía desproporcionada” prohibida por la LCU.

La segunda elucidación tiene que ver con la posición que adopta la sentencia sobre la procedencia de un “juicio abstracto” relativo a la abusividad de la cláusula.

Según la sentencia, no puede prosperar el motivo tercero del banco que exige un juicio concreto y no abstracto del carácter abusivo de la citada comisión por posiciones deudoras, invocando, además, determinadas reglas del control de transparencia de cláusulas predispuestas accesorias que no esenciales – como la que nos ocupa – del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. A este respecto, - y con los límites del artículo 4 de la LJCA- el análisis de una cláusula materialmente indemnizatoria como la que nos ocupa (accesoria y predispuesta), ha de realizarse – sigue el juzgador- de forma abstracta de conformidad con el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 11 de junio de 2015, en cuyos términos *“La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”*.

En este punto, el juzgador no acierta. Ya de un lado vuelve a poner de manifiesto que grandes dificultades de aplicación está encontrando la frasecilla del Auto del TJUE (“la



circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse”) en la jurisprudencia de los tribunales españoles (especialmente en las cláusulas de vencimiento anticipado de hipotecas). Además, la doctrina del TJUE no viene al caso. No se trata de que el banco hubiera aplicado de hecho o no dicha cláusula o hubiera esperado varios impagos para aplicarla – ése es el juicio al que se refiere el Auto- sino de que el banco pretendía un análisis de las condiciones específicas de la operación y del cliente. Y esto tampoco puede hacerse, porque la competencia de control administrativo de la validez de cláusulas abusivas *ha de ser siempre un control abstracto en lo que se refiere a la eliminación de la cláusula, sin perjuicio de que las circunstancias concretas puedan ser relevante para cuantificar la sanción.*