

Rosa Vidal y Alberto Palomar

# ¿Hay responsabilidad de la Administración en el proceso?

Las consecuencias de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo del pasado martes necesitan, sin duda, ser digeridas y analizadas con cuidado y con reposo, tras la lectura al menos de estas importantes sentencias.

Es cierto que el anuncio del Gobierno de que se cambiará la Ley para clarificar el sujeto pasivo y convertir a los bancos en tal, acota el problema en lo temporal y lo convierte en un caso de laboratorio que durante bastante tiempo se analizará en las Escuelas de Negocios. La modificación que se propone no puede tener efectos retroactivos y, de ahí, el acotamiento de los efectos temporales del problema. Una de las cuestiones –de las muchas que se suscitan– es si en este proceso puede considerarse que la Administración ha funcionado mal y, por tanto, que pueda existir algún tipo de responsabilidad patrimonial como consecuencia de ello.

En este sentido, los efectos entre particulares quedan dentro de los pronunciamientos explícitos de las sentencias de ambos tipos. Fuera de este plano, cabría plantearse si hay responsabilidad de la Administración, y la respuesta es que la mera anulación de una disposición de carácter general no invalida los actos dictados como consecuencia de su aplicación, luego no va a existir un daño efectivo e individualizado que sirva como fundamento a la exigencia de responsabilidad. Siendo esto así, el problema se plantea por la elusión de los principios esenciales de la buena regulación que, ciertamente, encuentran en la seguridad jurídica y en la claridad uno de los elementos estrella. La buena regulación se introduce explícitamente en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, pero sus avances pueden considerarse menores en relación con los modelos extranjeros de los que se extrajo. Es claro que si esto no está avanzado mucho menos lo están los mecanismos de responsabilidad por el incumplimiento de las reglas de la buena regulación.

En este sentido, en la misma ley y en la Ley 40/2015, que se aprueba paralelamente, se encuentran tasados los supuestos de responsabilidad patrimonial, incluyendo tanto la responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal o anormal de las Administraciones Públicas, como la responsabilidad patrimonial por aplicación de actos legislativos, la responsabilidad patrimonial derivada de la transposición incorrecta del derecho comunitario y la derivada de la aplicación de normas declaradas inconstitucionales. Si bien no se eleva a rango de responsabilidad el incumplir las normas sobre la buena regulación. Sin embargo, aunque no estén reguladas ni las técnicas ni la responsabilidad patrimonial, son asignaturas pendientes que, en algún momento, podrían activarse y situarnos en el marco de la modernidad de los instrumentos de regulación. Mientras, las dificultades de los mecanismos convencionales son más que evidentes para remediar la situación planteada.

Sin perjuicio de lo anterior, es probable que la cuestión de la responsabilidad siga estando, en la jurisdicción civil, en el debate entre banca y consumidor sobre el carácter abusivo o no de las cláusulas de traslación de costes. En este extremo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ya se pronunció en las Sentencias de 10 septiembre de 2014 (*caso Kusionova*) y de 21 de marzo de 2013 (*caso Vertrieb*). En las mismas, se pronuncia sobre la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos, concluyendo que debe interpretarse la citada Directiva en el sentido de que las cláusulas de las Condiciones Generales incluidas en contratos entre un profesional y un consumidor que reproducen una disposición del Derecho nacional, es decir aquellas que reproducen por ejemplo un precepto legal o reglamentario, no pueden tener la consideración de abusivas. En definitiva, los mecanismos de responsabilidad patrimonial, tanto de las Administraciones, como la civil de los bancos, quedan muy desdibujados en un escenario como el señalado, y aunque seguro habrá reclamaciones de ambos tipos, su prosperabilidad es ciertamente dudosa.

Socia directora y socio de Broseta