



PREJUDICIALIDAD CIVIL Y COSA JUZGADA EN EL ORDEN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO: A PROPÓSITO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS*

CIVIL PRE-JUDICIALITY AND RES JUDICATA IN
THE CONTENTIOUS-ADMINISTRATIVE ORDER:
REGARDING THE SANCTIONING POWER OF THE
ADMINISTRATION IN THE AREA OF ABUSIVE
CLAUSES

RAFAEL CASTILLO FELIPE

Profesor contratado doctor de Derecho Procesal
Universidad de Murcia

Revista Aranzadi Doctrinal 1 • Enero 2023 • Págs. 193 a 212

Fecha de recepción: 18-10-2022

Fecha de aceptación: 2-11-2022

Resumen: El presente trabajo estudia algunos escenarios problemáticos que pueden surgir con ocasión de la resolución de cuestiones prejudiciales civiles por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. El estudio toma como campo de observación las hipótesis que pueden plantearse con ocasión de la revisión de sanciones impuestas por la Administración a empresarios que hayan empleado

Abstract: This paper studies some problematic scenarios that may arise in the resolution of civil preliminary rulings by the spanish contentious-administrative jurisdiction. The study takes as a field of observation the hypotheses that may arise in the review of sanctions imposed by the administration on entrepreneurs who have used unfair terms in their contracts with consumers. After analysing

* Este trabajo se realizó durante la estancia realizada en el Instituto Max Planck de Luxemburgo, merced a la ayuda concedida por la Fundación Manuel Serra Domínguez en la III Convocatoria de ayudas para la financiación de actividades propias de la Fundación.

cláusulas abusivas en sus contratos. Tras analizar los diferentes supuestos se formula una propuesta de reforma legal que permita paliar las consecuencias de la errónea apreciación de una cuestión prejudicial civil que constituye el hecho típico de la sanción administrativa y por ende de su confirmación en sede jurisdiccional.

Palabras clave: Prejudicialidad civil – Cláusulas abusivas – Revisión – Recurso amparo – Error judicial – Nulidad actuaciones.

the different cases, a proposal for legal reform is formulated to mitigate the consequences of the erroneous assessment of a civil prejudicial question that constitutes the typical fact of the administrative sanction and, therefore, of its confirmation in the courts.

Keywords: Civil preliminary rulings – Unfair terms – Consumer contracts – Administrative sanctions.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS FACULTADES CALIFICADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN EJERCICIO DE SU POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE CONSUMO COMO PUNTO DE PARTIDA Y LA INSUFICIENCIA DE LOS MECANISMOS DE SINCRONIZACIÓN CON LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES CIVILES. III. POSIBLES ESCENARIOS EN LOS QUE SURGE EL RIESGO DE CONTRADICCIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y LA JURISDICCIÓN CIVIL. 1. *Desarrollo simultáneo de un proceso contencioso administrativo y de un proceso civil en los que el tribunal deba pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula.* 2. *Desarrollo no simultáneo de ambos procesos: terminación del proceso contencioso administrativo con carácter previo a la finalización del proceso civil.* IV. UNA PROPUESTA DE «LEGE FERENDA». V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La salvaguarda de los derechos de los consumidores constituye una cuestión de orden público en la que, por mor de la profusa –y a veces confusa– regulación existente, aparecen implicados numerosos poderes estatales. Singularmente relevante es el papel que adquieren el Poder ejecutivo y el Poder judicial. A los órganos administrativos del primero compete promover las condiciones para que el respeto de los derechos de los consumidores quede garantizando, sea a través de órganos independientes de naturaleza administrativa –Comisión de Defensa de la Competencia–, sea mediante órganos administrativos encuadrados en la pirámide jerárquica administrativa común¹. En cambio, al segundo, corresponde,

1. Sobre las diferentes opciones existentes a la hora de establecer sistemas que procuren la tutela de los intereses supraindividuales a través aplicación del Derecho imperativo, sea a través de la Administración, de los tribunales, o de ambos, remitimos a ORTELLS RAMOS, M., “Protección de intereses jurídicos supraindividuales: actuación de las administraciones públicas, justicia civil y combinación de sistemas de protección”,

por un lado, tutelar los derechos de los consumidores –sean estos demandantes o demandados– cuando han sido desconocidos en el marco de los correspondientes relaciones jurídicas materiales, así como ejercer el *ius puniendi* estatal cuando los empresarios incurran en las conductas típicas que lesionen bienes jurídicos que buscan proteger dichos derechos (*vid.* arts. 281 y ss. de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal); y, por otro lado, controlar el adecuado ejercicio de los poderes atribuidos a la Administración para proteger al consumidor.

En ocasiones, la insuficiente coordinación entre los poderes citados propicia que aumente el riesgo de resoluciones contradictorias entre ellos e invita a preguntarse cuáles son los remedios que existen para reparar estas situaciones. En el presente trabajo, el análisis se centrará en los escenarios conflictivos que puede ocasionar el sistema de prejudicialidad no devolutiva que rige las relaciones entre el orden contencioso-administrativo que conoce de la impugnación de las sanciones impuestas a los empresarios por emplear cláusulas abusivas y la jurisdicción civil. Consideramos, no obstante, que el estudio de estas hipótesis puede servir para alcanzar conclusiones que resulten extrapolables *mutatis mutandis* a otros casos en los que la jurisdicción contencioso-administrativa tiene que decidir al revisar una sanción sobre aspectos fácticos o jurídicos que forman parte del objeto necesario o contingente de un proceso civil. De ahí que, tras analizar los diferentes escenarios que pueden originar la contradicción y los remedios para intentar evitarla o eliminarla, se finalice con una propuesta de *lege ferenda* de alcance general.

II. LAS FACULTADES CALIFICADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN EJERCICIO DE SU POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE CONSUMO COMO PUNTO DE PARTIDA Y LA INSUFICIENCIA DE LOS MECANISMOS DE SINCRONIZACIÓN CON LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES CIVILES

Como se indicó al inicio de este trabajo, el carácter unitario del ordenamiento jurídico –o no estanco de las parcelas que lo componen– conlleva que, en ocasiones, Administración y tribunales, o tribunales de distintos órdenes, hayan de aplicar la norma jurídica a unos mismos hechos, pero desde distinto prisma. En materia de consumo, la razón de esta confluencia viene dada por la irrupción de normas de Derecho administrativo –no solo de índole sancionadora– que buscan proteger el interés público y supraindividual subyacente en la protección de los consumidores.

El triángulo compuesto por Administración, orden civil, y orden contencioso administrativo, plantea algunos escenarios problemáticos cuando se trata de aplicar la potestad sancionadora de la Administración para castigar conductas contrarias a los derechos e intereses de los consumidores (arts. 46 a 52 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido

de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias –en adelante, TRLGDCU–). En este sentido, resulta especialmente preocupante el riesgo de pronunciamientos contradictorios que deriva de la interrelación de estos preceptos con algunas normas procesales².

En concreto, los arts. 46 y 47 TRLGDCU indican que las administraciones competentes sancionarán las conductas tipificadas como infracción que atenten contra los derechos de los consumidores y usuarios. Entre dichas conductas, el art. 47.1, j) TRLGDCU incluye “la introducción de cláusulas abusivas en los contratos”³. Por tanto, a la vista del precepto citado la administración puede pronunciarse en el ejercicio de su potestad sancionadora sobre el carácter abusivo de una cláusula y, por lógica extensión, el orden jurisdiccional contencioso administrativo cuando ejerce el control de dicha potestad al conocer los recursos-contencioso administrativos interpuestos contra las sanciones derivadas de la aplicación del tipo reseñado.

Por otro lado, también el orden civil puede –o más bien, debe– conocer del carácter abusivo de una cláusula o de una condición general de la contratación en el ejercicio de la jurisdicción por razón de la materia que tiene atribuida (art. 9.1 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–).

Por consiguiente, puede ocurrir que sobre una misma estipulación contractual se pronuncien la Administración, la jurisdicción contencioso administrativa, y el orden civil. La cuestión no resultaría problemática si se previera alguna disposición tendente a sincronizar las facultades calificadoras de la administración y de los distintos órdenes jurisdiccionales o los pronunciamientos de los distintos órdenes entre sí, como sucede con el art. 46.2 TRLGDCU, que regula la concurrencia del proceso penal con el procedimiento administrativo sancionador; o al igual que ocurre en materia de infracciones del Derecho de la competencia con el art. 75 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia⁴. Sin embargo, no existe en

2. Lo advierte, a la vista de la jurisprudencia, BONACHERA VILLEGAS, R., “El control jurisdiccional de la potestad sancionadora por la introducción de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, *Revista General de Derecho Procesal* [en línea], núm. 46, 2018, *passim*, [consultado por última el 17 de octubre de 2021], disponible en: www.iustel.com.

3. Aunque partimos de los tipos de la normativa nacional, somos conscientes de la existencia de normas autonómicas que tipifican la misma conducta. *Vid.*, a modo de ejemplo, el art. 78 g) de la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón; el art. 331-5 a) de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña; art. 71.6, 2.º de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía; el art. 74.1 del Decreto Legislativo 1/2019, de 13 de diciembre, del Consell, de aprobación del texto refundido de la Ley del Estatuto de las personas consumidoras y usuarias de la Comunidad Valenciana; el apartado 21 del art. 141 de la Ley 3/2019, de 22 de marzo, del Estatuto de las personas consumidoras en Castilla La Mancha; o el art. 42.1 i) de la Ley 2/2015, de 4 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León.

4. Sobre los problemas de articulación en el ejercicio de potestades administrativas y judiciales a la hora de apreciar ilícitos y las posibles soluciones a dichos problemas, *vid.*, ORTELLS RAMOS, M., “Protección de intereses jurídicos supraindividuales...”, *ob. cit.*, pp. 462 y ss. Como señala este estudioso, en la p. 462, el reto consiste en conseguir no solo que las potestades concurrentes no se perturben entre sí, sino que potencien su efectividad como consecuencia de la interrelación.

la concreta materia que nos ocupa una norma similar a las expuestas, es decir, que articule o sincronice la confluencia de los poderes calificadores de la Administración y de órdenes distintos al penal sobre el carácter abusivo de una cláusula.

La ausencia de dicha norma hace que quepa pensar en supuestos de prejudicialidad en el orden contencioso administrativo que habrán de ser resueltos aplicando las reglas generales contenidas en los arts. 4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –en lo sucesivo, LJCA– y el art. 42 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –a partir de ahora, LEC–. Preceptos que autorizan a cada juez a conocer a los meros efectos prejudiciales de cuestiones atribuidas a otros órdenes, salvo que medie acuerdo de las partes acordando la suspensión del proceso o exista disposición legal que imponga la suspensión hasta que se pronuncie el orden competente –previsión que, como hemos visto, no existe en esta materia–.

En relación con estos preceptos, la STS, Sala 3.ª, núm. 1557/2017, de 16 de septiembre⁵, dictada en casación en interés de Ley, declaró que la Administración y, por ende, el orden contencioso administrativo pueden pronunciarse sobre la existencia de cláusulas abusivas a efectos de ejercer su potestad sancionadora sin tener que esperar a que el juez civil decida sobre el carácter abusivo de una estipulación⁶; pues, en opinión de nuestro más alto Tribunal, lo contrario supondría vaciar de contenido la potestad sancionadora de la Administración, retrasando o, incluso, impidiendo su ejercicio. En otras palabras, no existe una suerte de

Por lo que atañe a la sincronización de la potestad sancionadora de la Administración y del orden penal, el ordenamiento sí suele ofrecer mecanismos de coordinación, normalmente consistentes en la suspensión del expediente administrativo. Todo ello con la finalidad de hacer efectivo el principio *non bis in idem*. En este sentido, además del mencionado art. 46.2 TRLGDCU, pueden citarse ejemplos fuera del ámbito de consumo donde no siempre se opta por la misma solución suspensiva para lograr la sincronización. Así, y sin ánimo de exhaustividad: arts. 250 y 251 de la Ley 58/2003, General Tributaria, art. 3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del orden social; art. 415 de la LOPJ; o el art. 117 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, entre otros muchos.

5. Referencia base de datos Aranzadi Instituciones –en lo sucesivo ref. A. I.–: (RJ 2017, 4672).

6. La sentencia citada trajo causa de un proceso contencioso administrativo en el que una entidad bancaria impugnó cuatro sanciones por importe de 81.000 euros que le habían sido impuestas por la Secretaría General de Consumo de la Junta de Andalucía. La Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó el recurso por entender que la imposición de una sanción basada en el empleo de cláusulas abusivas precisaba de la previa declaración de abusividad por el orden civil. Tras ello, la sentencia fue impugnada por la Junta de Andalucía a través del recurso de casación por interés de Ley y el TS resolvió en el sentido expuesto *supra*. Literalmente, el fallo dispuso: “La Administración puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de los tipos infractores previstos en (el) Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en relación con los artículos 82, y 85 a 90, sin necesidad de previa declaración judicial del orden civil”. En doctrina ha dado cuenta de esta importante resolución BONACHERA VILLEGAS, R., “El control jurisdiccional de la potestad sancionadora por la introducción de cláusulas abusivas...”, cit., pp. 19 y ss., del documento en formato pdf. La línea marcada por la sentencia referida ha sido seguida por otras posteriores, como las SSTS, Sala 3.ª, núm. 647/2019, de 21 de mayo [ref. A. I.: (RJ 2019, 2342)] y núm. 849/2019, de 18 de junio [ref. A. I.: (RJ 2019, 2583)].

prejudicialidad devolutiva a favor del orden civil cuando la Administración o el orden contencioso califican una cláusula antes que el juez civil.

Aunque la doctrina que emana de esta sentencia y sobre todo algunos de sus razonamientos resultan criticables, nos centraremos en sus consecuencias atendiendo a diferentes escenarios que pueden surgir en la práctica forense⁷.

III. POSIBLES ESCENARIOS EN LOS QUE SURGE EL RIESGO DE CONTRADICCIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y LA JURISDICCIÓN CIVIL

1. DESARROLLO SIMULTÁNEO DE UN PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE UN PROCESO CIVIL EN LOS QUE EL TRIBUNAL DEBA PRONUNCIARSE SOBRE EL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA⁸

Cabe pensar en este caso cuando, tras la imposición de la sanción correspondiente, el empresario impugne la sanción ante el orden contencioso-administrativo al tiempo que penda un proceso civil en el que se discuta sobre la validez de la cláusula, bien por haberlo iniciado el consumidor en el marco de una acción individual o cualquiera otro de los legitimados en el marco de acciones de tutela supraindividuales; o incluso por haber usado el juez los poderes de oficio que derivan de la normativa europea en un procedimiento impetrado por el empresario frente al consumidor.

7. Sin ir más lejos, la sentencia desconoce totalmente en su argumentación la legitimación de los organismos autonómicos para entablar acciones de cesación en el uso de condiciones generales de la contratación y cláusulas que se reputen abusivas ex art. 54 del TRLGDCU, llegando a afirmar, en su fundamento jurídico sexto, que la Administración carece de acción ante los tribunales civiles. De hecho, la posterior STS, Sala 3.ª, núm. 849/2019, de 18 de junio [ref. A.I.: (RJ 2019, 2583)] se percató de este yerro y lo corrigió.

8. Quizás se eche de menos la referencia en el texto principal a una situación previa, cual sería el que el proceso civil se esté sustanciando al mismo tiempo que el expediente administrativo sancionador, mas en este caso estaríamos solo ante un riesgo potencial de contradicción en la declaración y aplicación del Derecho, esto es, que una resolución administrativa colisione con una sentencia civil; y ello porque, hasta que no hayan transcurrido los plazos de impugnación ante la jurisdicción contenciosa o esta confirme la resolución si se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo, el acto administrativo sancionador tiene una vocación de estabilidad menor que el de una sentencia dictada en la primera instancia por el orden contencioso. Quizás se diga que el razonamiento es igualmente aplicable a la sentencia contencioso-administrativa definitiva dictada en primera instancia, en la medida que puede ocurrir que sea susceptible de recurso, no obstante, repárese en que puede suceder, como pasó en el caso referido *supra*, que esa sentencia no sea apelable –bien por haber conocido del asunto el TSJ o bien por la cuantía de la sanción– y será difícil pensar en la admisión de un recurso de casación. De ahí que optemos por analizar las situaciones donde la contradicción puede materializarse y quedar cristalizada de manera permanente, lo que solo sucede cuando se produce la concurrencia simultánea o sucesiva de procesos.

En otro orden de cosas, la eventual aportación de la sentencia civil al expediente administrativo sancionador no plantea problemas si esta se dicta antes del trámite de audiencia [art. 53.1 e) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –LPAC–]. Y para el caso de que la sentencia se dicte después de este trámite, siempre cabría intentar aportarla, empleando en caso de inadmisión del documento por parte de la Administración, el recurso extraordinario de revisión contra actos administrativos del art. 125 LPAC.

Así las cosas, como se explicó anteriormente, ante ese discurrir paralelo de ambos procesos, resultará de aplicación el art. 42 LEC para lograr la suspensión del proceso contencioso-administrativo hasta que se resuelva el proceso civil. Por ende, la suspensión solo será posible si media acuerdo entre las partes para que el proceso-administrativo quede temporalmente paralizado. Acuerdo que es difícil pensar que la Administración vaya a aceptar, sobre todo teniendo en cuenta que ya dispondrá de un título ejecutivo contra el empresario, aun cuando este pueda estar suspendido cautelarmente al amparo de los arts. 129 y ss. LJCA.

Evidentemente, en dicho escenario convendrá que se haga constar en el proceso contencioso-administrativo la pendencia del proceso civil con el fin de incorporar al mismo la sentencia civil que pudiera recaer antes de que el tribunal contencioso se pronuncie sobre la procedencia de la sanción. Aportación que bien podría producirse sin inconveniente alguno al amparo de los arts. 56.4 LJCA, 270.1.1.º y 271.2 LEC; o incluso en fase de recurso aplicando el art. 85.3 LJCA en relación con el art. 460.1 LEC.

En conclusión, en las situaciones de pendencia simultánea de procesos el riesgo de pronunciamientos contradictorios se reduce notablemente habida cuenta de la posibilidad de aplicar las normas de aportación extemporánea de documentos con el fin de lograr que el orden contencioso-administrativo tenga noticia del contenido de la sentencia civil. Por supuesto, con ello no negamos que pudieran darse también situaciones de pronunciamientos contradictorios si a pesar de tener constancia de la sentencia civil el tribunal contencioso-administrativo se separase del examen realizado en la misma. No obstante, como se verá en el epígrafe siguiente, ello solo podría suceder de manera excepcional y bajo unas férreas condiciones de motivación, so pena de conculcar en otro caso el derecho a la tutela judicial efectiva del empresario (art. 24.1 CE⁹).

2. DESARROLLO NO SIMULTÁNEO DE AMBOS PROCESOS: TERMINACIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON CARÁCTER PREVIO A LA FINALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL

Contemplando la hipótesis de que los procesos no se sustancien al mismo tiempo o no sea posible la suspensión –algo sumamente probable a la vista del régimen no devolutivo existente– cabe pensar en diversos escenarios donde surge el peligro de contradicción definitiva entre sentencias del orden contencioso y del orden civil. Opción que no es surrealista si se tiene en cuenta la jurisprudencia extremadamente oscilante que existe en materia de cláusulas abusivas –a veces propiciada por las resoluciones del TJUE, protagonista indiscutible en esta

9. Remitimos a la jurisprudencia constitucional que se cita en la nota 19.

materia¹⁰– y por la casuística de la que muchas veces depende la apreciación de la abusividad¹¹.

De este modo, cabe pensar, en primer término, en un escenario consistente en que la Administración imponga una sanción a un empresario por incorporación de una cláusula abusiva en sus contratos con consumidores; la sanción se recurra por este y sea confirmada por el orden contencioso administrativo, adquiriendo firmeza la sentencia. Posteriormente, en un proceso civil instado por el empresario, por el consumidor, o por una asociación, se declara que la cláusula no era abusiva.

En segundo término, puede contemplarse el escenario inverso, esto es, en que la Administración imponga una sanción, esta se recurra ante la jurisdicción contencioso-administrativa y se revoque en sede judicial el acto sancionador por entender que la estipulación no era abusiva. Tras ello, en un proceso civil se declara que dicha estipulación sí era abusiva.

Las graves consecuencias que pueden derivar de los dos escenarios planteados se advierten sin dificultad: por un lado, que se sancione indebidamente a un empresario sobre la base de una cláusula que no era realmente abusiva; por otro, que se deje de sancionar a los sujetos que sí hayan incurrido en la conducta típica, perdiendo así parte del efecto preventivo general e individual que aspiran a lograr las sanciones administrativas en materia de cláusulas abusivas.

Merece la pena detenernos en los mecanismos que el ordenamiento suministra para tratar de remediar estas patológicas situaciones de contradicción. En este sentido, repárese en que las soluciones que se alcancen resultarán válidas no solo para las hipótesis de Derecho de consumo de las que se parte en este trabajo, sino para cualquier caso en el que la administración aplique su potestad sancionadora sobre tipos que precisen un enjuiciamiento prejudicial que resulte más tarde desvirtuado al plantearse la cuestión ante el orden especializado en la misma. Como quiera que, en principio, la solución al segundo escenario se reputa la más evidente, comenzaremos analizando este, relegando el examen del primer supuesto a un momento posterior.

Así, según lo indicado, principiemos el análisis por el caso consistente en que el orden contencioso-administrativo dicte sentencia firme descartando la imposición de la sanción al empresario por entender que la cláusula no era abusiva, produciéndose, más tarde, la declaración de abusividad por parte del juez civil.

10. Baste pensar en el debate que ha existido en torno a las cláusulas de vencimiento anticipado, de intereses moratorios, o en los últimos tiempos respecto al IRPH.

11. En este sentido, recuerda Moreno García, L., *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 49, que, además del contenido de la cláusula, resulta preciso analizar otras circunstancias que dependen de la condición de los contratantes y la propia formalización del contrato en el que la misma se inserta.

A nuestro juicio, y a salvo de mejor criterio, el principio *non bis in idem* y el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos favorables impedirían tramitar un segundo expediente administrativo sancionador para castigar al empresario por unos hechos que ya fueron objeto de cognición y culminaron con la revocación de la sanción por una sentencia con efectos de cosa juzgada¹². No obstante, si consideramos posible imponer sanciones por el uso del clausulado declarado abusivo en los contratos que se firmen una vez se haya producido la declaración de abusividad por el orden civil.

No nos detendremos con detalle en la cuestión de si la aplicación del principio *non bis in idem* resistiría el análisis desde la óptica de la efectividad del Derecho de la Unión Europea, por cuanto en cierto modo se impediría la sanción del empresario que ha empleado cláusulas abusivas¹³. Empero, quien pretendiese defender tal interpretación argumentando que dicho planteamiento se opone a la efectividad del art. 7 de la Directiva 93/13 habría de tener en cuenta que el *non bis in idem* no es solo un principio de Derecho nacional, sino también que se halla garantizado por la Carta Europea de Derechos Fundamentales (art. 50) y, antes de ello, acogido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia e incorporado al ordenamiento de la UE¹⁴. En consecuencia, y en la medida en que dicho principio impide un segundo pronunciamiento sobre los hechos constitutivos de una infracción —con independencia de que se haya sancionado o absuelto— y constituye una

12. Existe otro poderoso argumento práctico que, junto a los expuestos, hace dudoso pensar en la tramitación de un nuevo procedimiento sancionador. Este vendría referido al hecho de que probablemente los plazos de prescripción para perseguir de nuevo la infracción habrían ya transcurrido.

Sobre la prohibición de reiteración de procedimientos administrativos sancionadores y la denominada “vertiente procesal” del principio *non bis in idem* puede acudir a: CANO CAMPOS, T., “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración Pública*, núm. 156, 2001, pp. 191-249, *vid.*, especialmente, pp. 241-243; DOMENECH PASCUAL, G., “Principio *non bis in idem* y reapertura de procedimientos sancionadores caducados” en AA. VV., *Diccionario de sanciones administrativas*, LOZANO CUTANDA, B. (Dir.), Iustel, Madrid, 2010, pp. 779-788; CUBERO MARCOS, J. I., “Las aporías del principio *non bis in idem* en el Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración Pública* [en línea], núm. 207, 2018, pp. 253-288 [consultado por última vez el 18 de octubre de 2021], disponible en: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=1405>.

13. *Mutatis Mutandis*, pudieran ser de aplicación los razonamientos que emanan de las célebres sentencias de la saga *Taricco*, *vid.*, STJUE de 8 de septiembre de 2015, *Caso Tribunale di Cuneo (Italia) contra Ivo Taricco y otros* [ref. A.I: (TJCE 2015, 352)]; y STJUE de 5 de diciembre de 2017, *Caso de la Corte Costituzionale contra M.A.S y M.B* [ref. A.I: (TJCE 2017, 219)], en lo que se refiere a la posición de principios fundamentales del ordenamiento de la Unión —y de los ordenamientos constitucionales de los estados—, como los principios de legalidad e irretroactividad, y su relación con los principios de primacía y eficacia. Y es que la jurisprudencia citada puede servir como punto de partida para enjuiciar una hipotética colisión del principio *non bis in idem* con la efectividad de las medidas adoptadas por los Estados para garantizar que no se empleen cláusulas abusivas.

14. *Vid.*, entre otras, la STJCE de 15 de octubre de 2002, *Caso Limburgse Vinyl Maatschappij NV y otras contra la Comisión Europea*, (ref. A. I: 2002/283): “Así pues, el principio “*non bis in idem*” solo prohíbe una nueva apreciación sobre el fondo de la existencia de la infracción que tendría por consecuencia la imposición de una segunda sanción, añadida a la primera, en el supuesto de que se estimara de nuevo la existencia de responsabilidad, o bien de una primera sanción, en el supuesto de que una segunda decisión declarase dicha responsabilidad, después de que la primera la hubiera excluido”.

garantía plenamente incorporada al ordenamiento de la UE, entendemos que este prevalecería sobre cualquier intento de desconocer la primera decisión invocando la necesidad de garantizar la efectividad del citado art. 7 de la Directiva.

Una vez analizado el supuesto anterior, procede, ahora sí, detenernos en la primera y más problemática de las hipótesis adelantadas, esto es, en la confirmación por el orden contencioso-administrativo mediante sentencia firme de la sanción impuesta por la Administración y posterior declaración de no abusividad de la cláusula por el orden civil¹⁵.

La primera y más intuitiva pregunta que surge es si cabría acudir a un procedimiento de revisión para destruir la eficacia de cosa juzgada material de la sentencia contencioso administrativa invocando el art. 102.1 a) LJCA. Como es sabido, este precepto contempla como causa de revisión el recobro de documentos decisivos no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la contraparte. Por tanto, la cuestión fundamental es si la sentencia dictada en el proceso civil puede considerarse o no como un "documento decisivo" que autorice el ejercicio de la acción de revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La respuesta a tal pregunta debe ser negativa, puesto que, sin duda alguna, es aplicable a la interpretación del motivo de revisión contenido en el art. 102.1 a) LJCA la jurisprudencia del orden civil recaída en torno al art. 510.1.1.º LEC, aun cuando sea de manera analógica¹⁶. Así las cosas, es de sobra conocido que dicha jurisprudencia ha venido excluyendo de manera unánime que las sentencias puedan calificarse como nuevos documentos a efectos de promover el recurso de revisión¹⁷.

15. Un sector de la doctrina administrativista ha defendido la posibilidad de iniciar un nuevo expediente administrativo sobre la base de la segunda sentencia. En esta dirección se ha pronunciado González Pérez, J., "Cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo" en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa* [en línea], Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 5 del documento en versión electrónica [consultado por última vez el 16 de octubre de 2021], disponible en: <https://signon.thomsonreuters.com> [ref. A. I: (BIB 2011/5326)]. No obstante, este autor construye su solución partiendo del escenario en el que la errónea apreciación de la cuestión prejudicial ha determinado la falta de reconocimiento de un derecho o de su ejercicio (v. gr., otorgamiento de una licencia), o bien la atribución del derecho a una persona distinta de su verdadero titular (v. gr., percibo de un justiprecio). Sin embargo, en el caso aquí analizado tal solución no nos parece adecuada, por cuanto, por un lado, vemos difícil que pueda iniciarse un nuevo procedimiento sancionador a efectos de declarar la exención de responsabilidad; y por otro, la indebida sanción, cubierta, además, por los efectos de cosa juzgada de la sentencia contenciosa que confirmó el acto administrativo, debe ser totalmente eliminada de la vida jurídica.

16. Vid. CORDÓN MORENO, F., *El proceso contencioso-administrativo*, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2001, p. 257.

17. Vid., el ATS de 4 de abril de 2017 –dictado en una inexistente fase de admisión previa de la acción de revisión– [ref. A.I: (RJ 2017, 2121)] y la STS, Sala 1.ª, núm. 81/2016, de 18 de febrero [ref. A.I: (RJ 2016, 567)]. Tanto en una como en otra resolución se recuerdan dos ideas fundamentales: en primer término, que el motivo del art. 510.1.1.º requiere que los documentos recuperados existan en el momento en que precluye la posibilidad de aportarlos al proceso; y, en segundo lugar, que las sentencias posteriores no pueden considerarse como documentos a efectos de instar la acción de revisión. Sobre dichas resoluciones, Vid. Gascón Inchausti, F., "¿Exige el Derecho de la Unión Europea la revisión de las sentencias firmes dictadas al amparo

Descartada la opción del recurso de revisión, es posible plantearse, en segundo término, si cabría utilizar el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones y, en su caso, el recurso de amparo contra la sentencia del orden contencioso-administrativo¹⁸. La fundamentación de estos instrumentos de impugnación se basaría en el quebranto del art. 24.1 en relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE.

Así, si escrutamos la jurisprudencia constitucional para responder a la cuestión, observaremos como el TC ha admitido la libertad enjuiciadora de los tribunales de los distintos órdenes¹⁹. Según la jurisprudencia constitucional, esa libertad enjuiciadora autoriza una distinta calificación jurídica de unos mismos hechos. Los límites a esta doctrina constitucional son, por un lado, la interdicción de que idénticos hechos se declaren como existentes y no existentes al mismo tiempo –contradicción en los hechos–²⁰; y, por otro, la prohibición de que se varíe la calificación jurídica de unos mismos hechos sin expresar las razones que conducen al segundo órgano enjuiciador al cambio de postura, es decir, sin motivar adecuadamente la razón última del diferente juicio de subsunción normativa.

La aplicación de las premisas del TC al caso aquí planteado no resulta fácil, tanto por la casuística presente en la doctrina constitucional expuesta como por la distinción entre contradicción en los hechos y contradicción en el fallo derivada de una dispar calificación jurídica. De hecho, piénsese que la calificación de una

de la doctrina jurisprudencial en materia de cláusulas suelo establecida con anterioridad a la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016 (a propósito del auto del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2017)”, *La Ley Mercantil* [en línea], núm. 35, 2017 [consultado por última vez el 18 de octubre de 2019], disponible en: <https://laleydigital.laleynext.es>.

La interpretación extensiva del art. 510.1.1.º LEC se ha defendido como una de las soluciones posibles para paliar los escenarios de contradicción a los que puede dar lugar la prejudicialidad no devolutiva, *vid.*, en este sentido, Reynal Querol, N., *La prejudicialidad en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 122-123, si bien la autora señala que esta no es la alternativa más preferible, mostrándose partidaria de la introducción de un nuevo motivo de revisión.

18. Un sector de la doctrina ha visto en el recurso de amparo el remedio idóneo o, al menos, el único posible con el estado actual de la legislación para acabar con la existencia de sentencias contradictorias. *Cfr.*, en este sentido, Reynal Querol, N., “La prejudicialidad en el proceso...”, *ob. cit.*, pp. 122-123, quien señala que, mientras no se produzca una modificación del recurso de revisión, el TC ha autorizado la interposición del recurso de amparo basada en la contradicción de pronunciamientos judiciales; más recientemente, BONA-CHERA VILLEGAS, R., “El control jurisdiccional...”, *ob. cit.*, p. 24 del documento electrónico en formato pdf.

19. También pone de relieve este extremo, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “Prejudicialidad y vinculación a la declaración de hechos probados. En especial la vinculación del juez civil a las sentencias dictadas en otro orden jurisdiccional”, *Revista General de Derecho Procesal* [en línea], núm. 46, 2018 [consultado por última vez el 23 de octubre de 2021], disponible en: www.iustel.com.

En cuanto a la jurisprudencia del TC, *vid.*, en supuestos inversos –eventual vinculación del juez civil a una decisión contencioso-administrativa posterior– la STC núm. 116/1989, de 22 de junio [ref. A.I: (RTC 1989, 70)]; también, la STC núm. 70/1989 de 20 de abril [ref. A. I: (RTC 1989, 70)] –en materia de resolución contractual–; esencial, con estimación parcial del amparo, la STC núm. 158/1985, de 26 de noviembre –prejudicialidad contenciosa en proceso social derivado de la imposición de recargo de prestaciones al tiempo que pendían los dos procesos–.

20. Con especial claridad expresó esta premisa la STC núm. 77/1983, de 3 de octubre [ref. A.I: (RTC 1983, 77)], en su fundamento jurídico 4.º.

estipulación como cláusula abusiva puede requerir tanto el análisis de cuestiones de hecho —v. gr., que existió negociación individual de la cláusula— como cuestiones de Derecho, como podría ser la apreciación del “desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe”.

Desde esta óptica, si se repara en los límites a la libertad enjuiciadora de los tribunales, utilizar el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones y, en su caso, el recurso de amparo para reparar la contradicción entre sentencias se nos antoja difícil. En primer término, por cuanto ello solo será posible si ha existido una contradicción en la fijación de los hechos realizada por el juez de lo contencioso-administrativo y aquella llevada a cabo por el juez civil al declarar que la cláusula no era abusiva.

En segundo lugar, en cuanto al límite a la libertad enjuiciadora de los tribunales consistente en la imposibilidad de alcanzar calificaciones jurídicas diversas de unos mismos hechos sin que medie la preceptiva motivación, conviene realizar dos precisiones: por un lado, parece que, de aplicar a rajatabla las premisas expuestas, la especial necesidad de motivación habrá de exigirse a la segunda sentencia calificadora, esto es, a la sentencia del orden civil. Lo cual no deja de ser paradójico, ya que la jurisdicción de los tribunales contencioso-administrativos lo es en este caso a los meros efectos prejudiciales, sin que exista vinculación del juez civil a la resolución confirmatoria de la sanción impuesta por la administración (art. 4.2 LCA) y, por ende, a la apreciación del carácter abusivo de la cláusula. Además, por otra parte, si esa necesidad especial de motivación hay que predicarla del segundo tribunal calificador, aun cuando sea aquel que tiene atribuida la jurisdicción por razón de la materia para fallar con plenos efectos de cosa juzgada sobre el asunto, cabe preguntarse cuál sería la resolución que habría de impugnarse a través del incidente y, en caso de desestimación de este, mediante el uso del recurso de amparo. La respuesta a esta cuestión conduce de nuevo a un callejón sin salida, puesto que parece que la sentencia a impugnar sería la civil, en la medida en que es a la que teóricamente compete ese deber de especial motivación si separa de la calificación jurídica de la primera.

Evidentemente, ante una declaración de abusividad confirmada por el orden contencioso que más tarde es desechada por el juez civil, el único interesado en impugnar la nueva calificación realizada por el tribunal civil sería el consumidor u otro legitimado que persiga la declaración de abusividad, pero no el empresario, a quien interesará impugnar la errónea calificación observada en la vía contenciosa.

La cuestión es, por tanto, si el empresario podría impugnar la resolución que verdaderamente le perjudica, esto es, la primera sentencia que se dictó en el orden contencioso-administrativo. Sentencia que al haberse dictado primero no tendría el parangón de la segunda y por consiguiente no estaría afectada por ese especial deber de motivación al que se refería el TC. Ello reduce notablemente el ámbito de lo que podrá invocarse en el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones y, en su caso, en el recurso de amparo posterior, pues, según la jurisprudencia del

TC y tomando en cuenta que el deber de motivación reforzada no alcanza a la segunda sentencia, solo cabría basar la vulneración del art. 24.1 CE en relación con el art. 9.3 CE en una diferente apreciación de los hechos que inciden en la declaración de abusividad de una cláusula.

Desde luego cabría proponer la necesidad de matizar la doctrina constitucional expuesta en materia de contradicción jurídica –no fáctica– del fallo. En concreto, tomando en cuenta las particularidades de nuestro sistema de prejudicialidad no devolutiva en los órdenes distintos al penal. De manera que quizás pudiera admitirse por el TC que la vulneración del art. 24.1 CE en relación con el principio de seguridad jurídica se produce también cuando el orden especializado en la cuestión de que se trate dicta sentencia en segundo lugar resolviendo la cuestión en sentido inverso a como lo hizo prejudicialmente el primer tribunal. Ello permitiría, en su caso, ampliar el alcance material de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica a efectos de emplear el incidente extraordinario y el recurso de amparo como medios de reparación. No obstante, habrá que convenir que la solución seguiría resultando forzada desde el punto de vista de la aplicación de la teoría de la validez de los actos procesales, por cuanto se estaría aceptando que una sentencia –incluso firme– podría verse afectada por un vicio procesal surgido con posterioridad al dictado de la misma –no antes o durante– y causado por una resolución posterior dictada en un segundo proceso. Por tanto, reputamos esta suerte de vicio procesal *ex post* derivado la contradicción con la segunda sentencia como un planteamiento difícilmente sostenible en buena técnica procesal.

Pero, además, junto a los anteriores escollos, existiría otro difícilmente salvable para que el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo se conviertan en remedios que permitan salvar la situación de contradicción: el transcurso del tiempo. En efecto, cabe pensar, que cuando la sentencia civil dictada en el segundo proceso adquiera firmeza ya habrán transcurrido los plazos de veinte días que marcan los arts. 241.1 LOPJ y 43.2 LOTC, respectivamente. De nuevo, pensando en la singularidad de la situación que nos ocupa, podría defenderse una interpretación correctora de estos preceptos, señalando que el plazo de veinte días para atacar la sentencia dictada en el orden contencioso debería empezar a correr desde el momento en que se tiene conocimiento de la sentencia dictada por el orden civil declarando la no abusividad de la cláusula; ya que el interés para ejercitar el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones surge cuando se es consciente de la existencia de la nueva *causa petendi* basada en la contradicción de resoluciones. De nuevo, este planteamiento nos parece inadecuado, puesto que implica forzar sobremanera la clara literalidad de los preceptos que disciplinan los plazos de interposición de las acciones citadas. Es más, bien mirado, supondría admitir el planteamiento que se denunció *supra* como erróneo, esto es, que la sentencia previa dictada por el orden contencioso queda afectada por un vicio sobrevenido causado por la posterior sentencia civil consistente en la afectación del derecho fundamental del art. 24.1 CE.

■ Expuesto cuanto antecede, se constata la dificultad de que la vía ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales en la que consiste el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones y la vía extraordinaria del recurso de amparo puedan funcionar para reparar la situación derivada de la indebida apreciación de abusividad de una cláusula en sede contencioso-administrativa. Y es que ello solo sería posible cuando se dieran las siguientes condiciones: en primer término, que no haya transcurrido el plazo para emplear el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones (art. 241.1 LOPJ) contra la sentencia del orden contencioso que confirmó la sanción y, en caso de que aquel haya sido desestimado, el plazo del art. 43.2 LOTC para atacar la resolución desestimatoria del incidente; en segundo lugar, que la discrepancia calificadora de los jueces de uno y otro orden venga referida a una de las cuestiones de hecho que motivan la calificación de una cláusula como abusiva. Todo ello, siempre y cuando, claro está, el TC entienda que existe la “especial trascendencia constitucional” del art. 50.1 b) LOTC y admita a trámite el recurso de amparo; algo que, desde una perspectiva realista, resultará sumamente complicado, dadas las elevadas y notorias tasas de inadmisión que baraja nuestro máximo intérprete constitucional.

Vistas las dificultades que plantean el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones como mecanismo de solución de las situaciones de contradicción, podemos preguntarnos si el empresario podría emplear la vía de la indemnización por error judicial para denunciar el desacierto del juez o tribunal contencioso-administrativo (arts. 292 y 293 LOPJ).

En este sentido, hay que tener en cuenta que la declaración de error judicial precisa que se trate de un yerro manifiesto, presidido por una incuestionable desidia jurídica, que conduzca a una conclusión ilógica²¹. Por ello, nos parece que resultará muy difícil que se estime una demanda de este tipo con ocasión de la errónea apreciación del carácter abusivo de una cláusula, en la medida en que se trata este de un terreno jurídico sumamente inestable.

Asimismo, en el caso de que se estimase la demanda, la sentencia dictada en el proceso por error judicial reconocerá el derecho del empresario indebidamente sancionado a percibir una indemnización, pero no deshará los efectos de cosa juzgada de la sentencia dictada por el tribunal contencioso-administrativo confirmando la imposición de la sanción. Efectos que sin duda pueden seguir lesionando la esfera jurídica del sujeto indebidamente sancionado²².

21. La jurisprudencia de los órdenes civil y contencioso es meridianamente clara y sólida al respecto, exigiendo que la resolución en la que se produce el error sea “manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico o haya sido dictada con arbitrariedad”; el error debe ser “craso, patente, indubitado, incontestable, flagrante”, de tal modo que haya provocado “conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales o esperpénticas”. *Vid.*, a modo de botón de muestra, la STS, Sala 3.ª, de 10 de abril de 2006 –no consta número de resolución en la base de datos de datos que manejamos– [ref. A.I (RJ 2006, 6752)]; la STS, Sala 1.ª, núm. 281/2016 de 29 de abril [(ref. A.I: (RJ 2016, 1701))]; y la STS, Sala 1.ª, núm. 498/2019 de 27 de septiembre [ref. A.I: (RJ 2019, 3680)].

22. Por ejemplo, mientras la sentencia siga desplegando sus efectos de cosa juzgada, habrá que tomar en consideración el acto administrativo sancionador a los efectos de aplicar la agravante por reincidencia a la

Puesto que ninguno de los cauces procesales hasta ahora analizados resulta adecuado, cabe reflexionar sobre si la interposición de demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) a efectos de instar más tarde la revisión de la sentencia al amparo del art. 102.2 LJCA podría ser la estrategia adecuada para eliminar la situación de contradicción. Para ello hay que examinar si la existencia de sentencias contradictorias acarrea, según el TEDH, una vulneración del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH).

El Tribunal de Estrasburgo se ha mostrado prudente en esta materia y ha señalado que compete a la tribunales nacionales interpretar los hechos y la legislación interna, de modo que queda fuera del ámbito de este tribunal supranacional, como regla general, controlar los errores de hecho o de derecho en los que puedan incurrir los pronunciamientos judiciales; es más, el TEDH ha admitido que el riesgo de sentencias contradictorias es inherente a todo sistema judicial estructurado en diferentes tribunales y grados de jurisdicción²³. Partiendo de esta regla general, el máximo intérprete del CEDH ha sentando las excepciones, esto es, cuáles son las situaciones en las que la concurrencia de sentencias contradictorias vulnera el derecho a un proceso equitativo del art. 6 del CEDH y quebranta la seguridad jurídica: en primer término, se producirá esta situación cuando el error en la aplicación de la norma o en la apreciación de los hechos sea arbitrario, arbitrariedad que debe ser “evidente” y que parece que queda circunscrita a supuestos en los que se falle *contra legem* o no se motive adecuadamente la divergencia entre pronunciamientos²⁴; en segundo término, la vulneración tendrá lugar cuando se

que se refiere los arts. 48.3 f) y 50.2 TRLGDCU. Podrá señalarse que, de darse la situación anterior, bastaría con no considerar la primera sanción impuesta como consecuencia del error en la apreciación del carácter abusivo de la cláusula para alcanzar la justicia material. Mas habrá que convenir, entonces, que ello supone expulsar la cosa juzgada de la sentencia contencioso-administrativa por la puerta de atrás.

23. Esta apretada síntesis resulta del estudio de las siguientes resoluciones: STEDH, de 25 de enero de 2005, *Caso José Vicente Puchol Oliver contra España* (ref. A.I: (TEDH 2005, 18); STEDH de 20 de octubre de 2011, *Caso Nedjet Sahin contra Turquía* [ref. A.I: (JUR 2011, 357801)]; STEDH de 31 de marzo de 2015, *Caso Uzinexport S.A contra Rumanía* [ref. A.I: (TEDH 2015, 62)]; STEDH de 12 de julio de 2016, *Caso Cupara contra Serbia* [ref. A.I: (TEDH 2016, 60)].

24. Un ejemplo puede localizarse en la STEDH de 31 de marzo de 2015, *Caso Uzinexport S.A contra Rumanía* [ref. A.I: (TEDH 2015, 62)], en la que la Sala de lo Mercantil del Tribunal de Casación rumano aplicó a un sujeto que había ejercitado sendas acciones de reclamación de cantidad para el percibo de los intereses derivados de dos deudas de origen común la misma norma de prescripción dictando resoluciones contradictorias: la primera descartando la prescripción de la deuda y la segunda declarando prescrita la misma. Contradicción que resultaba palmaria en la medida en que, aunque las deudas eran distintas, los hechos que las fundaban eran idénticos. En este caso se entendió que se había vulnerado el art. 6 CEDH, por cuanto el tribunal rumano no proporcionó justificación alguna para el cambio de postura operado en la segunda sentencia y además el Gobierno no solo no intentó justificar que la segunda sentencia constituía una evolución jurisprudencial respecto de la primera, sino que admitió que la misma era contraria a la Ley.

En cambio, en la su sentencia de 25 de enero de 2005, *Caso José Vicente Puchol Oliver contra España* [ref. A.I: (TEDH 2005, 18)], el TEDH descartó la vulneración por no encontrar indicios de arbitrariedad en la actuación del tribunal nacional. Téngase en cuenta que en este caso se habían dictado dos pronunciamientos contradictorios por el orden social. En el primero de ellos se conoció sobre una demanda de despido, mientras que, en el segundo, se repelió una demanda derivada de determinadas diferencias en los pagos

produzcan decisiones contradictorias entre los tribunales que resuelvan en última instancia, siempre y cuando sea produzcan diferencias “profundas y duraderas” en la jurisprudencia y el Estado de que se trate no disponga de mecanismos para reparar estas contradicciones, o bien aun disponiendo de ellos, estos no se hayan aplicado correctamente.

Evidentemente, de modo similar a lo que sucede con la jurisprudencia del TS en materia de error judicial, la jurisprudencia del TEDH está trufada de conceptos jurídicos indeterminados que, al margen de las circunstancias de los casos concretos sobre los que se pronuncian, hacen difícil vaticinar cuál sería el resultado de aplicar la misma de manera abstracta a una hipótesis general como aquella de la que partimos en este apartado. Baste ver las referencias a la “evidente arbitrariedad” o a la “diferencia profundas y duraderas en la jurisprudencia de los tribunales” o a los “mecanismos susceptibles de superar las incoherencias” entre resoluciones.

De este modo, si a pesar de lo expuesto intentamos proyectar esta doctrina sobre el supuesto que nos ocupa, parece que solo cabría apreciar una situación de arbitrariedad evidente cuando el tribunal contencioso-administrativo hubiera confirmado el acto administrativo sancionador que no expresase las razones por las que la cláusula se reputaba abusiva –algo que será prácticamente imposible que suceda–, pero no cuando se produzcan meras oscilaciones en el criterio jurisprudencial aplicable.

Por otra parte, y como hemos señalado a lo largo de la exposición precedente, el TEDH reserva la vulneración del art. 6 CEDH para los casos patológicos de contradicción provocados bien por la ausencia de mecanismos de unificación jurisprudencial o bien por la falta de medios de impugnación específicos para eliminar los pronunciamientos contradictorios recaídos en relación con unos mismos hechos. Entre estos últimos se ha incluido el recurso de amparo²⁵. Vistos los requisitos que exige nuestro TC para apreciar la vulneración del art. 24.1 CE, los inconvenientes que existirían con el cómputo de plazo y la barrera que constituye la “especial

de la relación laboral extinta entendiendo la jurisdicción social que el orden competente para conocer de la reclamación era el orden civil. No obstante, como se ha indicado, el TEDH realizó un control formal de la motivación y no entró a analizar la corrección técnica de la solución proporcionada por los tribunales nacionales. También, la STEDH de 20 de octubre de 2001, *Caso Nedjet Sahin y Perihan contra Turquía* [ref. A. I: (JUR 2011, 357801)] desechó el planteamiento de la demanda e indicó que no se había producido vulneración en un supuesto de resoluciones contradictorias emitidas por diferentes tribunales administrativos –ordinarios y militares– en relación con un mismo accidente aéreo. Si bien, en esta sentencia, citada por muchas posteriores, el TEDH remarcó constantemente que la solución dada dependía en gran medida de las circunstancias del caso concreto.

25. *Vid.* la STEDH de 12 de julio de 2016, *Caso Cupara contra Serbia* (ref. A.I: TEDH 2016, 60), en la que se declaró que la situación de contradicción que denunciaba el demandante podría haberse resuelto mediante el recurso de amparo ante el tribunal constitucional serbio, ya que sujetos que se encontraban en una situación idéntica al demandante –provocada por una modificación legal en los sistemas de cálculo de subsidios y la discusión sobre el alcance del régimen transitorio– utilizaron este cauce para colmar la situación de contradicción.

transcendencia constitucional”— no es en absoluto seguro que nuestro recurso de amparo, con su configuración actual, pudiera servir para remediar la situación de contradicción.

En consecuencia, quizás atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a la motivación que el TC hubiera dado para inadmitir el recurso de amparo o para desestimar este —lo que supondría analizar siguiendo la jurisprudencia del TEDH “como se han aplicado los mecanismos existentes para resolver la situación de contradicción”—, podría llegar lograrse que el TEDH declarase conculcado el art. 6 TEDH. Ahora bien, no dudamos que esta es una vía excepcionalísima, de arduo planteamiento e ignoto resultado, por lo que, a nuestro juicio, no puede propugnarse como solución general.

IV. UNA PROPUESTA DE «LEGE FERENDA»

De todo lo expuesto hasta aquí es posible extraer una primera conclusión, cual es que nuestro sistema procesal carece de un mecanismo adecuado para dar respuesta al caso del que partíamos en este epígrafe, esto es: contradicción entre la sentencia firme del orden contencioso-administrativo que confirma la imposición de una sanción a un empresario por uso de una cláusula considerada abusiva y sentencia posterior del orden civil descartando la abusividad de dicha estipulación.

Quizás se diga que, al tratarse este de un supuesto excepcional, debe recibir un tratamiento procesal igualmente excepcional a través de la nulidad de actuaciones, el recurso de amparo o, incluso, demandando ante el TEDH. Sin embargo, consideramos que hemos conseguido poner de relieve los problemas que ofrecen estas vías de impugnación para resolver el supuesto, especialmente cuando la sentencia contencioso-administrativa adquiere firmeza antes de que se sustancie el proceso civil donde se descarta la declaración de abusividad. Dichos problemas, vienen dados tanto por la regulación procesal de los remedios citados como por la interpretación jurisprudencial sustantiva del art. 24 CE y el art. 6 del CEDH, que contempla como un riesgo posible derivado de la complejidad organizativa del Poder Judicial la existencia de pronunciamientos contradictorios. Es más, podríamos decir que tanto la jurisprudencia del TC como la del TEDH no solo consideran el riesgo como posible, sino también, aun cuando sea de manera tácita, como “asumible”. Y ello porque tanto el TC como el TEDH admiten que únicamente intervendrán para reparar supuestos de contradicción especialmente obscenos. La eventual concurrencia de sentencias contradictorias se convierte de este modo en un daño colateral originado por el sistema de prejudicialidad no devolutiva.

Ahora bien, como pusimos de relieve *supra*, no debe perderse de vista que la respuesta que se otorgue a nuestra hipótesis de trabajo, considerada como excepcional, es la que debe regir para todo supuesto en el que la

Administración sancione sobre la base de una apreciación prejudicial de la realidad jurídica, el orden contencioso administrativo confirme la sanción, y más tarde la jurisdicción competente dicte sentencia en sentido contrario. Habrá de convenirse entonces en que el problema adquiere un nuevo cariz y se incrementan notablemente los casos y ámbitos en los que esto puede suceder. Lo que, obedece, entre otras causas, al surgimiento de nuevas realidades jurídicas y, por qué no decirlo, a una notable expansión de la potestad sancionadora de la Administración.

A la vista de la falta de solución clara para el supuesto analizado en este trabajo y de esa expansión de la potestad administrativa sancionadora que conlleva a su vez un aumento de los tipos basados en enjuiciamientos prejudiciales, proponemos la introducción de un nuevo motivo de revisión en el art. 102 de la LJCA. La finalidad de este motivo sería revisar las sentencias del orden contencioso administrativo que confirmen la legalidad de actos sancionadores que traigan causa de la errónea apreciación de una cuestión prejudicial, cuando esta sea resuelta más tarde en sentido contrario por sentencia firme del orden que posee jurisdicción por razón de la materia para pronunciarse con efectos de cosa juzgada. En definitiva, se trataría de establecer un motivo similar al que ya se contempla en el art. 954.1. e) de la LECrim para los supuestos de sentencias que contradigan las interpretaciones prejudiciales alcanzadas en sentencias penales²⁶. Y es que se suele afirmar sin empacho la proximidad de la jurisdicción penal y del ámbito administrativo sancionador, en la medida en que ambos comparten principios inspiradores. No obstante, de momento, el ordenamiento proscribía la sentencia penal derivada de una errónea apreciación de una cuestión prejudicial –y por ello permite su revisión–; pero permite mantener la sanción administrativa fundada en la errónea apreciación de una cuestión prejudicial. De ahí que para corregir los excesos de la prejudicialidad no devolutiva en el ámbito sancionador y garantizar un tratamiento procesal unitario, y no basado en la casuística, podría optarse por la opción aquí sugerida.

V. BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, J. M., "Revisión y prejudicialidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal" en AA. VV., *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, FUENTES SORIANO, O. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 33-47; *Idem.*, "El nuevo motivo de revisión de las sentencias penales firmes establecido en el art. 954, 1 e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal" en AA. VV., *Justicia penal*

26. Sobre este motivo revisión introducido en el año 2015, *vid.* Asencio Mellado, J. M., "Revisión y prejudicialidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal" en AA.VV., *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Fuentes Soriano, O. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 33-47; *Idem.*, "El nuevo motivo de revisión de las sentencias penales firmes establecido en el art. 954, 1 e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal" en AA. VV., *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ASENCIO MELLADO, J. M. (Dir.), FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 337-362.

- y nuevas formas de delincuencia, ASENCIO MELLADO, J. M. (dir.), FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 337-362.
- BONACHERA VILLEGAS, R., "El control jurisdiccional de la potestad sancionadora por la introducción de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores", *Revista General de Derecho Procesal* [en línea], núm. 46, 2018, *passim*, [consultado por última el 17 de octubre de 2021], disponible en: www.iustel.com.
- CANO CAMPOS, T., "Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública*, núm. 156, 2001, pp. 191-249.
- CORDÓN MORENO, F., *El proceso contencioso-administrativo*, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2001.
- CUBERO MARCOS, J. I., "Las aporías del principio non bis in idem en el Derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública* [en línea], núm. 207, 2018, pp. 253-288 [consultado por última vez el 18 de octubre de 2021], disponible en: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=1405>.
- DOMENECH PASCUAL, G., "Principio non bis in idem y reapertura de procedimientos sancionadores caducados" en AA. VV., *Diccionario de sanciones administrativas*, LOZANO CUTANDA, B. (Dir.), Iustel, Madrid, 2010, pp. 779-788.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., "Prejudicialidad y vinculación a la declaración de hechos probados. En especial la vinculación del juez civil a las sentencias dictadas en otro orden jurisdiccional", *Revista General de Derecho Procesal* [en línea], núm. 46, 2018 [consultado por última vez el 23 de octubre de 2021], disponible en: www.iustel.com.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., "¿Exige el Derecho de la Unión Europea la revisión de las sentencias firmes dictadas al amparo de la doctrina jurisprudencial en materia de cláusulas suelo establecida con anterioridad a la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016 (a propósito del auto del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2017)", *La Ley Mercantil* [en línea], núm. 35, 2017 [consultado por última vez el 18 de octubre de 2019], disponible en: <https://laleydigital.laleynext.es>.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo" en AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa* [en línea], Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, [consultado por última vez el 16 de octubre de 2021], disponible en: <https://signon.thomsonreuters.com> [ref. A. I: (BIB 2011, 5326)].
- MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

ORTELLS RAMOS, M., "Protección de intereses jurídicos supraindividuales: actuación de las administraciones públicas, justicia civil y combinación de sistemas de protección", *Revista Ius et Praxis* [en línea], núm. 2, 2011, pp. 419-482 [consultado por última vez el 16 de octubre de 2021], disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/118>.

REYNAL QUEROL, N., *La prejudicialidad en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2006.