



Roj: **SJCA 49/2015 - ECLI:ES:JCA:2015:49**

Id Cendoj: **33044450052015100001**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **28/01/2015**

Nº de Recurso: **305/2014**

Nº de Resolución: **13/2015**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JORGE JUAN PUNSET FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 5 DE OVIEDO

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00013/2015

SENTENCIA nº 13/15

En Oviedo, a 28 de enero de 2015.

Vistos por el **Ilmo. Sr. D. Jorge Fernández Punset**, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Oviedo, los presentes Autos de Recurso Contencioso-Administrativo seguido por **Procedimiento Abreviado nº 305/14**, sobre **Sanción de Consumo**, instados por la entidad **Liberbank S.A.** representada por la Procuradora D^a. Carmen Cervero Junquera y bajo la dirección técnica del Letrado D. Eduardo Estrada Alonso.

Es demandada la **Consejería de Sanidad del Principado de Asturias**, representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos D. Carlos Casado Ampudia.

La cuantía del Recurso es determinada, por un importe de 8.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó demanda en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por oportunos, terminó suplicando al Juzgado que se dictase Sentencia estimando la demanda con la anulación de la Resolución de 24 de junio de 2014, en los términos contenidos en el suplico del referido escrito.

SEGUNDO.- Subsanaados los defectos advertidos, la demanda fue admitida a trámite y se acordó reclamar el Expediente Administrativo a la Administración demandada. Una vez recibido y contestada la demanda, al no solicitar las partes celebración de vista quedaron sin más trámites los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las prescripciones legales salvo los plazos procesales por concurrir con otros procedimientos preferentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna con el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de 24 de agosto de 2014 de la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la dictada el 24 de junio de 2014. Esta última impone a la recurrente una sanción de multa de 8.000 euros al considerarla autora de una infracción de consumo grave, tipificada en el art. 37. g) de la Ley del Principado de Asturias 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios, como la "introducción de cláusulas abusivas en los contratos".



El expediente administrativo se inició mediante providencia de 10 de Febrero de 2014 merced a la denuncia de una particular frente a la entidad Liberbank S.A. La denunciante expuso que en junio de 2009 se había subrogado junto con su marido en la hipoteca del constructor sin que se incluyese cláusula suelo alguna. Posteriormente se separaron y adquirió la totalidad del piso y garaje, firmando una nueva hipoteca en 2012 donde le introdujeron la cláusula suelo sin previo aviso. Señala la denunciante que en ningún momento había tenido las escrituras de novación de préstamo en su poder y que no tuvo conocimiento de su existencia hasta que recibió las alegaciones que Liberbank remitió al Banco de España.

En la resolución administrativa impugnada se hace constar que la citada cláusula, reseñada en el apartado Tercero Grupo IV de la escritura, establece que *"durante la fase sujeta a interés variable, los tipos de interés nominal anual mínimo y máximo aplicables al préstamo serán del 4% y del 15% respectivamente, con independencia de que el tipo resultante por aplicación de las reglas de variabilidad recogidas en la presente estipulación sea inferior o supere los referidos límites"*.

SEGUNDO.- La entidad recurrente alega, en primer lugar, la incompetencia del órgano sancionador. Afirma en su demanda que las Comunidades Autónomas pueden tener competencias sobre la protección de los consumidores pero que no pueden utilizar sus potestades administrativas para interferir en relaciones de naturaleza civil, como sucede en este caso con una cláusula de un contrato privado. Considera que, antes de acudir al procedimiento sancionador, es necesario que se declare primeramente la nulidad de la cláusula presuntamente abusiva en la jurisdicción civil.

Al respecto cabe señalar que la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, cuyo Estatuto de Autonomía fue aprobado por la Ley Orgánica 7/81, de 30 de diciembre, asumió la competencia correspondiente al desarrollo legislativo y ejecución en materia de defensa del consumidor conforme a la reforma efectuada mediante la Ley Orgánica 1/94, de 24 de marzo. A tal efecto se aprobó la Ley del Principado de Asturias 11/2002, de 2 de diciembre de los Consumidores y Usuarios, que tiene por objeto la protección de los derechos y los legítimos intereses de los consumidores y usuarios en el ámbito territorial del Principado de Asturias. En consecuencia, la administración autonómica impuso una sanción en materia de consumo y se acomodó para ello a su propia normativa y a lo dispuesto en el artículo 47.1 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.

La actora, sin embargo, niega la posibilidad de acudir al procedimiento sancionador administrativo sin una previa declaración de nulidad de la cláusula del contrato en la jurisdicción civil. Frente a dicha alegación cabe recordar que el artículo 4.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa reconoce a este orden jurisdiccional la competencia para el conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales. Por consiguiente, una cuestión como la que en este litigio se suscita, relativa a la condición de abusiva de una cláusula, puede perfectamente ser enjuiciada a los solos efectos de apreciar la existencia de la conducta sancionada, esto es, la introducción de una cláusula de esa naturaleza en el contrato. Evidentemente, la hipotética declaración de nulidad de la cláusula contractual integraría el objeto de un procedimiento civil pero la resolución de esta cuestión prejudicial ni produce efectos fuera de este proceso ni vincula al orden jurisdiccional correspondiente, como recuerda el art. 4.2 de la LJCA.

TERCERO.- En el mismo fundamento jurídico en que se alega la incompetencia del órgano sancionador la actora invoca la prescripción de la infracción. Dice textualmente, que "el Principado de Asturias pretende sancionar una conducta supuestamente omisiva (de la información al consumidor debida) realizada en 2009, lo que supone que la supuesta infracción ha prescrito hace mucho tiempo".

Esta alegación debe correr idéntica suerte que la anterior puesto que la introducción de la cláusula se hace en el contrato que se formalizó en escritura pública el 28 de febrero de 2012, no en 2009 como señala la demandante, y el expediente administrativo se inicia en febrero de 2014. Conviene precisar, entonces, que el plazo de prescripción no se ha superado pues el art. 51.1 de la Ley del Principado de Asturias 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios prevé que las infracciones en materia de defensa del consumidor prescribirán a los tres años desde el día de la comisión de la infracción, interrumpiéndose en el momento en que el interesado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento sancionador.

CUARTO.- La actora esgrime varios motivos de oposición al fondo del asunto. El primero de ellos se ciñe a la vulneración del principio de legalidad sancionadora establecido en el art. 25.1 de la Constitución Española. Señala que el concepto legal de "cláusula abusiva" es un concepto muy abierto e indeterminado y que necesita de interpretación jurídica en los distintos supuestos en que puede aplicarse. Por ello, la validez de las cláusulas suelo de las hipotecas dependía en 2009 de que se cumplieran los requisitos de transparencia establecidos



en la Orden sobre transparencia de las condiciones financieras de los créditos hipotecarios, aprobada por del Ministerio de Economía y Hacienda en fecha 5 de mayo de 1994. Advierte que dichos criterios de "transparencia interna" fueron cumplidos, y que es algo que viene a reconocer incluso la resolución sancionadora que se recurre. Para la actora, la cláusula estaba redactada de modo claro, sencillo y comprensible por el prestatario, resaltada en negrita en el texto de la escritura y sin lugar a equívocos en cuanto a su contenido.

Íntimamente unido a este motivo se encuentra el de infracción de las disposiciones sancionadoras desfavorables. La demandante defiende la irretroactividad de los nuevos criterios de interpretación de las cláusulas abusivas en materia de préstamos hipotecarios establecidos por la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Dice que el Principado de Asturias sanciona acudiendo a una doctrina novedosa que no es aplicable a situaciones jurídicas anteriores, tal y como el propio pronunciamiento del TS establece en dicha resolución.

Frente a todo ello, la administración demandada sostiene que se está en presencia de una cláusula abusiva ya que, a efectos de buena fe y equilibrio en las prestaciones, no se cumplían los requisitos establecidos en los arts. 80 y ss. del RD Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de consumidores y Usuarios ni el art. 5 de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de Contratación. En este sentido, el art. 82 de la primera de dichas normas considera cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Para la demandada tampoco nos encontramos ante ninguna vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras ya que estamos ante un contrato que se mantiene en el tiempo y en donde el cliente tiene que abonar la cuota correspondiente todos los meses. La introducción de la cláusula suelo supondría una infracción continuada. Además, señala que la jurisprudencia solo interpreta el derecho y cuando cambia su criterio lo hace sobre situaciones pasadas, y en este caso no se habría modificado el derecho positivo precedente. La administración considera, por último, que no puede aducirse por la actora ninguna ausencia de culpabilidad pues tanto las personas físicas como las jurídicas podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa cuando resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia. Señala que el Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia punible siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el sujeto infractor no se comporta con la diligencia exigible. Invoca al respecto el artículo 40.1 de la Ley 11/2002, de los Consumidores y Usuarios, que establece que de las infracciones en materia de consumo serán responsables, las personas físicas o jurídicas que, por acción u omisión, hubiesen participado en aquellas, mediante dolo, culpa o mera inobservancia.

QUINTO.- Entrando en el análisis de las exigencias que impone el art. 25.1 de la Constitución en el ámbito sancionador administrativo, cabe recordar la consolidada jurisprudencia del TC en el sentido de que el derecho fundamental enunciado incorpora el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*. Del precepto constitucional se desprenden dos garantías. La primera es de orden material, con proyección plena, y se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda es de carácter formal y se refiere al rango necesario de las normas que tipifican tales conductas y regulan las correlativas sanciones. Tal y como dicho Tribunal reiteradamente, el término «legislación vigente» contenido en el artículo 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora (por todas, STC 42/1987, de 7 de abril, F. 2º).

En consecuencia, existe la necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, y junto a ello aparece una segunda exigencia de carácter formal, que se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de esas conductas y reguladoras de sus correspondientes sanciones (STC 42/87 de 7 de abril, F. 2º). Para respetar el contenido del art. 25.1 CE se hace preciso que en la norma legal aparezcan las conductas ilícitas y las correspondientes sanciones con el fin de respetar el alcance de esa reserva de ley.

La primera de las garantías, de carácter material, ha sido reconocida en numerosas sentencias en el sentido de que la norma punitiva aplicable ha de permitir predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y la clase de sanción que puede acarrear su comisión (SSTC 219/1989, de 21 de diciembre, F. 2º; 116/1993, de 29 de marzo, F. 3º; 153/1996, de 30 de septiembre, F. 3º). La reserva de ley en este ámbito puede, no obstante, poseer una eficacia relativa o limitada (SSTC 101/1988, de 8 de junio, F. 3º; 29/1989, de 6 de febrero, F. 2º; 177/1992, de 2 de noviembre, F. 2º), en tanto en cuanto no se excluye la colaboración reglamentaria en la tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las sanciones. Ahora bien, tal remisión al Reglamento no puede hacer posible una regulación independiente o que no esté claramente subordinada a la Ley (SSTC 83/1984, de 24 de julio, F. 4º; 42/1987, F. 2; 3/1988, de 21 de enero, F. 9º). El Tribunal Constitucional ha sido claro en el sentido de que el art. 25.1 de la Constitución Española prohíbe la



remisión de la Ley al Reglamento sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica en la propia Ley (SSTC 305/1993, de 25 de octubre , F. 3º; 341/1993, de 18 de noviembre , F. 10º); 116/1999, de 17 de junio , F. 16º; 60/2000, de 2 de marzo , F. 3º).

Sentada la doctrina constitucional aplicable al caso, la primera precisión que debe hacerse es que la demandante vuelve a acudir al año 2009 en defensa de su pretensión cuando lo cierto es que la cláusula suelo se introduce tres años después, al producirse la novación en febrero de 2012. El préstamo hipotecario concertado en 2009 por la denunciante y el que entonces era su marido no contenía la citada cláusula. Por tanto, las remisiones a tal año deben decaer. En segundo lugar debe significarse que la sanción se impone por introducción de cláusula abusiva en el contrato, de acuerdo con los arts. 37.g) y 39.1 b) y h) de la Ley del Principado de Asturias 11/2002, de 2 de diciembre , de los Consumidores y Usuarios. Por consiguiente, el principio de reserva de ley no ha sufrido merma alguna. La conducta está perfectamente descrita y la sanción convenientemente determinada antes de que se realice la conducta imputada y castigada.

Sostiene, sin embargo, la actora que se le aplican retroactivamente criterios nuevos y que no era previsible en el momento de formalización del préstamo que la introducción de una cláusula suelo se rodeara de garantías tan elevadas de información y transparencia, de forma que su inobservancia pudiera constituir una conducta sancionable administrativamente. Lo cierto es que en este caso no se está en presencia de una administración que modifica los criterios que habitualmente utiliza y los aplica a situaciones pasadas, sin previo aviso y de manera retroactiva, vulnerando así la confianza y la seguridad jurídica del administrado. Se trata de una interpretación judicial, en un caso concreto de los muchos que se enjuician en España, sobre si una determinada cláusula es abusiva o no. Y en este sentido en el ámbito del derecho administrativo sancionador ni siquiera es imprescindible acudir a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 -con su Auto aclaratorio de junio de 2013- para realizar una exégesis de ese tenor. Por otro lado, la invocada irretroactividad de esta última sentencia solamente se aplica a efectos meramente civiles, en el sentido de no atacar situaciones definitivamente resueltas por sentencias con fuerza de cosa juzgada o pagos ya efectuados con anterioridad a su publicación.

A mayor abundamiento, en cuanto a la proyección temporal del litigio que dio lugar, a la postre, al pronunciamiento del TS debe destacarse que la sentencia que se dictó en instancia fue la del Juzgado de lo mercantil nº 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 , y la de la Audiencia Provincial de Sevilla que resolvió la apelación fue la de 7 de octubre de 2011, todas previas a la subrogación hipotecaria de estos autos, y referidas a préstamos hipotecarios anteriores a 2008.

SEXTO.- A todo lo expuesto debe añadirse que la jurisprudencia del TS sobre las condiciones generales de contratación está consolidada en el tiempo desde mucho antes a 2012 y que las exigencias de transparencia ya vienen dadas por el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, los artículos 5.5 y 7.b de la 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y el artículo 80.1 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, complementados por la jurisprudencia europea y nacional que los ha interpretado. Y en este sentido debe recalcar, tal y como recuerdan sentencias de la Sala 1ª del TS como las de 18 de junio de 2012 , 15 de enero de 2013 , 26 de mayo de 2014 y 30 de junio de 2014 , entre otras, que estamos en presencia de un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta no solo cumple los requisitos formales. Se trata de ver, además, si el consumidor y usuario ha podido conocer y comprender las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo. Este conocimiento opera tanto respecto del sacrificio patrimonial que realmente supone el contrato celebrado como en relación con la posición jurídica que asume en los aspectos básicos que se deriven de su objeto y ejecución.

Esta superación del cumplimiento del mero requisito formal, en abstracto, lo evidencia la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13 , cuando precisa que *"El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo"* .

SEPTIMO.- Descendiendo al examen de la prueba obrante en autos, en el expediente administrativo no se observa que la entidad recurrente entregara documentación alguna a la prestataria. Tampoco se ha probado



en ningún momento que se diera información sobre la cláusula suelo ni acerca de los posibles escenarios de evolución de los intereses, ni que hubiera advertencia, previa clara y comprensible, sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad, criterios que señala el Tribunal Supremo en las sentencias antes citadas como relevantes para apreciar la existencia o no de transparencia. La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, derogada posteriormente por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, tenía por finalidad establecer garantías para el adecuado conocimiento de determinadas condiciones en la contratación bancaria pero, como precisa la sentencia del TS de 2 de marzo de 2011, su observancia por la entidad bancaria no implica que dichas condiciones sean fruto de negociación individual.

Lo único cierto en este particular caso es que al introducir un tipo de interés nominal anual mínimo al 4% en un momento, como febrero de 2012, en que el Euribor se encontraba al 0,396, se estaba incrementando considerablemente el abono de intereses y, en la práctica, se convertía lo que ya era una préstamo con interés variable desde 2009 en uno novedosamente fijo ya desde ese mismo momento y por un largo período de tiempo, toda vez que el análisis de mercado no preveía un alza importante del citado índice de referencia. Supuso, por tanto, un cambio relevante en el objeto del contrato. Al respecto debe traerse a colación el Auto de 3 de junio de 2013 del TS, que aclara la sentencia de 9 de mayo de ese año, en donde se expresa que *"La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito"*.

La demandante afirma que la cláusula suelo fue fruto de la negociación entre las partes. En realidad no hay prueba de ninguna negociación sobre la cláusula suelo. Ciertamente en el libre intercambio dentro del mercado las partes convienen los acuerdos equilibrando sus intereses pero no se alcanza a ver -y lo que es más importante, no se ha logrado probar- qué beneficio obtenía la prestataria en soportar una carga financiera considerablemente superior y abandonar el tipo de interés nominal anual de carácter variable (Euribor+margen porcentual) que en ese momento era muy bajo, por otro superior.

En cuanto a la alegación que hace la demandante sobre la información notarial, cabe traer a colación lo expuesto en la sentencia del TS de 9 de septiembre de 2014 cuando recuerda que *"debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia"*.

Por tanto, la conclusión a la que se debe llegar es que la entidad financiera incluyó unilateralmente la cláusula suelo, sin información suficiente y clara de que era un elemento definitorio del objeto principal del contrato y sin dar suficientes explicaciones sobre el alcance que iba a tener para el cumplimiento del negocio jurídico. Se causó, de esta forma, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato y un evidente perjuicio económico. Hubo una defraudación de la expectativa sobre el precio y una vulneración de la buena fe, al no advertir a la otra parte, de forma comprensible, cuál era la naturaleza de la cláusula suelo, su relevancia y trascendencia en el devenir contractual. No puede alegarse, como se dice en el recurso, que la demandante se vio sorprendida por un cambio de criterio en relación con los criterios de transparencia cuando esta última está totalmente ausente. Por todo lo expuesto cabe concluir que la recurrente, al incumplir mínimas exigencias de transparencia, llevó a cabo la conducta antijurídica descrita en el tipo sancionador. En consecuencia, el recurso contencioso-administrativo debe desestimarse.

OCTAVO.- Sin especial pronunciamiento sobre las costas al existir legítimas discrepancias jurídicas entre las partes que evitan el criterio del vencimiento, art. 139 L.J.C.A.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Liberbank S.A. contra la Resolución de 24 de agosto de 2014 de la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias, que desestima recurso de reposición contra la dictada el 24 de junio de 2014, por su conformidad a derecho.

Sin especial pronunciamiento sobre las costas.



Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella no cabe interponer recurso de apelación.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez, celebrando audiencia pública en el día de su fecha, de lo que yo, Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ