



Roj: **SJCA 1747/2016 - ECLI:ES:JCA:2016:1747**

Id Cendoj: **01059450032016100004**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **3**

Fecha: **01/09/2016**

Nº de Recurso: **108/2016**

Nº de Resolución: **181/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MANUEL CASTRO CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 181/2016

En VITORIA - GASTEIZ, a uno de septiembre de dos mil dieciséis.

El Sr. D. MANUEL CASTRO CALVO, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de VITORIA - GASTEIZ ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 108/2016 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: ORDEN DE 18 DE DICIEMBRE DE 2015 DEL CONSEJERO DE SALUD DICTADA NE EL EXPEDIENTE SANCIONADOR 48/A001/12/2015.

Son partes en dicho recurso: como *recurrente* CAIXABANK S.A. y ,representado por el/la procurador LUIS PEREZ AVILA PINEDO y dirigido por el/la letrado/a MANUEL J. SILVA SANCHEZ, y como *demandada* DEPARTAMENTO DE SALUD DEL GOBIERNO VASCO, representado por el/la procurador/a y dirigido por el/la letrado/a de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. PÉREZ ÁVILA actuando en nombre y representación de la entidad CAIXABANK S.A. se interpuso recurso contencioso-administrativo en fecha 18 de marzo de 2016, contra la Resolución Orden de fecha 18 de diciembre de 2015 del expediente sancionador núm. 48 A001-12-2015 dictada por el Director de Kontsumobide - Instituto Vasco de Consumo, en virtud de la cual se impone a la recurrente una sanción de multa por importe de 20.000€ como consecuencia de la comisión de la infracción prevista en el artículo 50.4 de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre del Estatuto de las Personas consumidoras y Usuarías, solicitando en la demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni de celebración de vista.

SEGUNDO.- Turnado que fue correspondió a este Juzgado incoándose el procedimiento abreviado con el número 108-2016. Por decreto de 12-5-2016 se admite a trámite el recurso, se da traslado del mismo a la parte recurrida que presentó contestación escrita exponiendo lo que tuvo por oportuno.

TERCERO.- No habiéndose celebrado vista quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente procedimiento es la resolución del expediente sancionador núm. 48/A001-12-2015 dictada por el Director de Kontsumobide - Instituto Vasco de Consumo, en virtud de la cual se impone a la recurrente una sanción de multa por importe de 20.000€.

Impugnando esta misma resolución la parte actora interpuso una demanda de recurso contencioso administrativo, por la vía del recurso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en los arts. 114 y siguientes de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa, tramitado bajo el número 16/2016 ante este mismo juzgado, y sobre el cual este juzgador ya ha dictado sentencia.



Se ha de apuntar, que si bien las finalidades de la vía ordinaria y de la vía especial para la protección de derechos fundamentales son distintas, en la práctica respecto de la resolución aquí recurrida, se han de revelar semejantes, puesto que la argumentación que se ofrece en la presente demanda es prácticamente la misma que se expuso al denunciar la vulneración de derechos fundamentales en aquel procedimiento especial 16/2016 pudiendo transcribir en la presente resolución tales razonamientos:

La recurrente invoca en la demanda como razones por las que impugna la resolución sancionadora, las siguientes:

En primer lugar se alude a la falta de competencia para la declaración de abusividad. La resolución sancionadora imputa a la recurrente una infracción consistente en la inclusión de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, según lo establecido en el art. 50.4.g) de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre, del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias. La recurrente se opone refiriendo que no han sido declaradas las cláusulas como abusivas por el órgano jurisdiccional que resulte competente según el art. 86.ter.2.d) de la LOPJ, con cita de jurisprudencia respecto de esta cuestión y del principio de tipicidad en general. Niega por tanto la competencia de la Administración autonómica para calificar de abusiva una cláusula contractual, así como niega también la competencia de este órgano judicial, desde el principio de seguridad jurídica y el concepto de la prejudicialidad devolutiva.

También se alega la vulneración del principio de tipicidad, recogido en el art. 25 de la Constitución Española, vinculándolo a la falta de declaración de abusividad de la cláusula contractual por los órganos competentes.

Se defiende en tercer lugar la validez de la cláusula referida per se, así como conforme a los estándares de claridad y transparencia que son exigidos doctrinal y jurisprudencialmente, así como que no cabe considerar la existencia de abusividad conforme al art 82.1 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 recurrente también sostiene que la cláusula constituye un objeto principal del contrato, motivo por el cual no procede el control de su contenido.

Finalmente se refiere la vulneración del principio de culpabilidad, como derecho fundamental reconocido en el art. 25 de la Constitución Española y art. 130 de la Ley 30/1992 de 28 de noviembre. Y para ello se afirma que no se puede predicar que la recurrente haya incluido en dolo, negligencia o simple inobservancia, al cumplir con la legalidad vigente así como con los criterios jurisprudenciales en relación con la materia de las cláusulas analizadas así como el cumplimiento específicamente de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

SEGUNDO.- La administración sostuvo en su contestación a la demanda, la validez de la resolución recurrida.

Sin mayor discusión respecto de la base fáctica del procedimiento, la parte demandada argumentó en síntesis, sosteniendo la posibilidad de que tanto la administración como este juzgado perteneciente al orden jurisdiccional Contencioso Administrativo se pronunciara respecto de la abusividad de una cláusula contractual.

Recordó para ello tanto las competencias de la administración del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco para la protección de consumidores, como también la posibilidad de los órganos judiciales de resolver prejudicialmente cuestiones que no resultan de su privativa competencia. Todo ello con amplia cita de jurisprudencia contenida en sentencias de distintos órganos de este orden jurisdiccional que examinan el carácter abusivo de distintas cláusulas contractuales.

Dicho lo anterior, la administración continua con su argumentación en relación con la denunciada infracción del principio de tipicidad, y para ello lógicamente desarrolla una exposición de razones por las que se considera que la cláusula utilizada por la recurrente, es abusiva.

La parte demandada afirma que la conducta de la recurrente no se sujeto a las exigencias de la Orden de 5 de mayo de 1994, pues no se ha acreditado ningún tipo de información al consumidor con carácter previo a la contratación, ni la suscripción de "documentos explicativos de la entidad financiera donde se informaba de las condiciones concretas de la operación a realizar", como refiere al STS de 18 de junio de 2012.

Niegan la existencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento del tipo de interés en el momento de contratar, ni otros documentos relativos a informaciones o negociaciones previas.

Considera que la intervención del Notario no ha supuesto una información o garantía suficiente.

Respecto de la imposibilidad de examinar la abusividad de la cláusula por constituir objeto principal del contrato, la demandada sostiene, de la mano de la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de



2013, la posibilidad de dicho examen como consecuencia de la posible falta de transparencia e información suficiente.

Por otro lado la parte demandada niega la vulneración del principio de culpabilidad, con cita concreta de la sentencia de 13 de octubre de 2015 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta misma plaza, que señala el descenso del índice en fechas próximas a la de la contratación del préstamo que aquí nos ocupa, entendiéndose que al menos la simple inobservancia es un título de imputación que cabe colocar sobre la parte recurrente.

TERCERO.- La primera cuestión a resolver afecta al principio de tipicidad que ha de ser observado en todo procedimiento sancionador. Dentro de la impugnación que la parte demandante realiza por infracción de dicho principio se argumenta con carácter inicial alrededor de una cuestión que en parte afecta a dicho principio, a saber: la falta de competencia de la administración para declarar abusiva una cláusula contractual y seguida a esta alegación se invoca la falta de competencia de los tribunales de este orden jurisdiccional contencioso administrativo para pronunciarse sobre la misma materia. Todo ello gira en torno a la consideración de que con carácter previo son los órganos judiciales del orden jurisdiccional civil los que han de declarar la abusividad de una cláusula,

Respecto de la Administración demandada, sostiene la recurrente que, teniendo competencia para sancionar al amparo de lo dispuesto en el artículo 50.4 g) del Estatuto de las Personas Consumidoras en relación con los artículos 82, 85.6 y 87.6 del TRLGDCU de 2007, lo que no puede es ejercer esa potestad sancionadora sin que previamente se haya dictado una Sentencia del orden jurisdiccional civil competente que declare el carácter abusivo de la citada cláusula. El pronunciamiento de la jurisdicción civil sería un presupuesto necesario previo.

Como se ha dicho, la falta de competencia afectaría a este juzgador, debido a la propia función revisora del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, añadiendo la recurrente que nos hallaríamos en un supuesto de prejudicialidad devolutiva, siendo necesario el pronunciamiento de los órganos judiciales del orden civil para evitar una quiebra del principio de seguridad jurídica, que podría darse ante pronunciamientos contradictorios entre dos órdenes jurisdiccionales.

Hemos de disentir con la parte recurrente. Los Tribunales competentes para el objeto principal conocen de las cuestiones prejudiciales, excepto de las que revistan naturaleza jurídico-penal que se reservan a los órganos de esa rama u orden, como así disponen los arts. 10 de la LOPJ, arts. 40 a 43 de la L.E.C. de 2000, los arts. 3 y ss., y 114 de la LECRIM y el art. 4 de la Ley procesal de este orden jurisdiccional Contencioso Administrativo.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 278/2000, de 27 de noviembre ya sostuvo que "en los asuntos que hemos denominado complejos (es decir, en aquellos en los que se entrelazan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos), es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de un cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente".

También hemos de mostrarnos contrarios a la necesidad de la previa declaración del carácter abusivo de una cláusula por la jurisdicción civil y al hecho de que la ausencia del mismo vulnere el principio de tipicidad.

Más bien nos hemos de mostrar de acuerdo con la afirmación de la demandada, al señalar que no es exigible, para sancionar al amparo de lo dispuesto en el artículo 50.4 de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias en relación con el artículo 82, 85.6 y 87.6 del TRLGDCU de 2007.

En este sentido cabe citar la STSJ, Contencioso (sección 9ª) del 19 de junio de 2008, Sentencia: 908/2008 dictada en el marco del Recurso: 562 en la que se contiene la siguiente reflexión:

"TERCERO.- Se plantea igualmente en la demanda la incompetencia de la Administración para sancionar los hechos objeto del presente procedimiento al tratarse de una relación de Derecho privado, por lo que se alega que para la determinación de los posibles defectos -que se niegan- no es competente la Administración sino el orden jurisdiccional civil.

Sin embargo, tales alegaciones no pueden tener favorable acogida pues, como ya señaló esta misma Sección en Sentencias de 4 de marzo de 2004 y 6 de junio de 2006, se ha de partir de la base de que son campos totalmente diferentes el correspondiente al Derecho Civil, que cubre los contratos, su interpretación y efectos de su incumplimiento, del Derecho Administrativo, que se ocupa de la protección de derechos generales y comunes, y concretamente en el caso presente, de la protección de los consumidores.



De ahí que las acciones que se derivan de una misma actuación, unas tengan carácter reparador por vía del Derecho Civil, y otras carácter sancionador si no se han cumplido las exigencias de las normas administrativas aplicables a la cuestión, como posteriormente se expondrá al examinar la infracción cuya comisión se sanciona.

Por lo tanto, no se trata aquí de dilucidar si hubo o no incumplimiento de relaciones contractuales, sino si la recurrente incumplió normas administrativas de protección de los consumidores, y, por lo tanto, si incurrió en ilícito administrativo, en concreto, en los tipificados en la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid."

En el mismo sentido, la SJCA nº 1 d Vitoria, de fecha 5 de junio de 2013 Sentencia nº 110/2013 , afirma:

"SEGUNDO.- En relación con el primer motivo de impugnación, relativo a la falta de competencia de la parte demandada para adoptar la resolución recurrida, se estima que no puede prosperar y ello en base a que la propia Ley 6/2003 de 22 de diciembre de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias, en el Título IV regula la potestad sancionadora de la Administración en la materia que nos ocupa y que reitera en su artículo 66 al concretar las competencias de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Además al respecto procede traer a colación lo recogido entre otras en la Sentencia de la Sección 9ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Madrid, de fecha 6-6-2006, nº944/2006, rec 491/2002 , Ponente: D Margarita Pazos Pita, (EDJ 2006/314474) en su fundamento de derecho segundo: " SEGUNDO.- La entidad recurrente alega, en esencia, y en primer lugar, la falta de competencia de la Comunidad de Madrid para intervenir en aquellos casos en que, como el que nos ocupa, existe una controversia contractual entre ambas partes de un negocio jurídico, siendo competente sólo en aquellos otros casos en que, existiendo tal controversia, deba intervenir para garantizar los derechos básicos de los consumidores, y, en su caso, sancionar las infracciones que se produzcan (art.1 de la Ley 11/1198), lo que no es el caso de autos, en el que -aduce- la competencia en el asunto corresponde a los Tribunales ordinarios al no existir la más mínima preterición o lesión de los derechos de los titulares de las viviendas como consumidores. Señala que, en definitiva, se trata de cuestiones civiles atinentes a la interpretación y cumplimiento de los contratos, además de que únicamente se formula reclamación por dos propietarios, cuando la promoción es de 140 viviendas.

Sin embargo, tales alegaciones no pueden prosperar pues, como ya señaló esta misma Sección en Sentencia de 4 de marzo de 2004 EDJ2004/20221 , se ha de partir de la base de que son campos totalmente diferentes el correspondiente al Derecho Civil, que cubre los contratos, su interpretación y efectos de su incumplimiento, del Derecho Administrativo, que se ocupa de la protección de derechos generales y comunes, y concretamente en el caso presente, de la protección de los consumidores que, guiados por una adecuada propaganda o contrato prácticamente de adhesión, aceptan unas condiciones que les son ofrecidas por los promotores de viviendas.

De ahí que las acciones que se derivan de una misma actuación, unas tengan carácter reparador por vía del Derecho Civil, y otras carácter sancionador si no se han cumplido las exigencias de las normas administrativas aplicables a la cuestión, como posteriormente se expondrá al examinar cada una de las infracciones cuya comisión se sanciona.

Por lo tanto, no se trata aquí de dilucidar si hubo o no incumplimiento de un contrato civil, sino si la recurrente incumplió normas administrativas de protección de los consumidores, y, por lo tanto, si incurrió en ilícito administrativo. En definitiva, la Administración vela por la protección del interés general en relación con la protección y defensa de los derechos de los consumidores y ello es independiente de las acciones civiles que puedan ejercitarse por causa de incumplimientos contractuales (¿) . Y en el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la misma Sala y Sección, de fecha 4-3-2004 (EDJ 2004/20221)."

A la vista de estas tesis, tampoco es necesario el previo pronunciamiento civil para que proceda, en el ámbito de su competencia, la autoridad vasca en materia de consumo, a examinar y considerar que la cláusula objeto de este procedimiento, es incardinable en los supuestos de cláusulas abusivas tipificadas en el art. 50. 4 g) del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias en relación con el 82, 85.6 y 87.6 del TRLGCDU de 2007.

Esto es así teniendo en cuenta que el Estatuto de Autonomía del País Vasco, (Ley Orgánica 3/1979 de 18 de diciembre), prevé en el art. 10.28 que es competencia exclusiva de la comunidad autónoma la de la "Defensa del consumidor y del usuario.". Por otro lado el TRLGDCU (RDL 1/2007 de 16 noviembre) dispone en su art. 47.3 que: "3. Las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica y las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios."

Este juzgador considera acertadas las conclusiones de las resoluciones transcritas antes, y en definitiva el motivo por el cual se recurre se ha de desestimar, declarando la competencia de la administración para ejercer



sus competencias sometiendo a análisis las cláusulas contractuales, sin entender que exista una competencia exclusiva para que solo a través de un pronunciamiento judicial del orden jurisdiccional civil, quepa entender que existe una cláusula abusiva. La administración, en el ejercicio de sus competencias, puede apreciar esa naturaleza abusiva, siendo diferentes los resultados y planos en los que se desatarán los efectos derivados de dicha apreciación en el marco de un proceso civil o en el marco de un procedimiento sancionador.

CUARTO.- Ya anunciada antes la posibilidad de que este órgano judicial valore a los efectos prejudiciales la existencia de una cláusula abusiva, procede examinar si la cláusula puede ser considerada como tal por la administración justificando que se proceda imponiendo por tanto una sanción.

La parte demandante sostiene la validez de la cláusula empleada la cual vamos a transcribir aquí:

"F) Límite a la variación del tipo de interés aplicable.

A efectos hipotecarios, tanto respecto de la PARTE ACREDITADA como de terceros, el tipo máximo que puede alcanzar el interés nominal anual aplicable al Crédito, durante la fase sujeta a intereses variables, será del SIETE COMA SENTENTA Y CINCO POR CIENTO (7,75%)

A efectos obligacionales tal limitación del tipo de interés no existirá respecto de la PARTE ACREDITADA, cuya responsabilidad, conforme la ley será por tanto ilimitada, a excepción de la primera disposición del Crédito, cuyo tipo máximo y mínimo de interés nominal anual aplicable durante la fase sujeta a intereses variables será del OCHO POR CIENTO (8,00 %) y del TRES POR CIENTO (3,00%) respectivamente."

Esta cláusula es del tipo que se ha venido a denominar comúnmente como "Cláusulas Suelo" cuyo análisis se hizo en profundidad por el Tribunal Supremo en la importante sentencia 241/2013 de 9 mayo .

La parte actora considera legal la utilización de dicha cláusula en el contrato que fue objeto de denuncia ante KONTSUMOBIDE (instituto Vasco de Consumo), el cual se elevó a público, el 22 de abril de 2009, mediante escritura pública con número de protocolo 1196 otorgada por el Notario Sr. Ignacio Linares Castrillion, como contrato de Crédito con Garantía Personal e Hipotecaria, en virtud del cual CaixaBank S.A., abrió una cuenta de crédito a la parte acreditada por un importe inicial máximo de 70.000 euros.

Se sostiene dicha validez de la cláusula en diversos hechos. Para empezar se dice que la cláusula fue incluida de forma separada y totalmente individual y diferenciada con un Título singular. Los términos centrales de la misma se resaltaron en mayúscula y negrita. Se advirtió su uso en la oferta vinculante. Y su redacción resulta clara, directa, sencilla y específica y sin incluir una gran cantidad de datos que provoquen confusión. Al margen de la defensa de la no abusividad de la cláusula también se opuso al propio control de la misma, al tratarse del objeto principal del contrato, por cuando se refiere al elemento del precio.

La administración demandada por el contrario, defiende la validez de la resolución recurrida en la que existían diversas razones ofrecidas para resaltar la naturaleza abusiva de la cláusula. Así se calificaba la misma como una cláusula predispuesta e impuesta en contra de la buena fe, causa desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Manifestaron que no había quedado acreditado que se informara de forma procedente a la parte consumidora, mediante folleto, oferta vinculante, y en los términos de la normativa aplicable. Tampoco ha quedado acreditado que los prestatarios antes de la formalización, suscribieran "documentos explicativos de la entidad financiera donde se informaba de las condiciones concretas de la operación a realizar". Tampoco aparece dicha información por el hecho de que se haya procedido a elevar a escritura pública con intervención de un notario, no supliendo la falta de información precontractual.

Y es que es alrededor de la falta de información al consumidor, por lo que se considera principalmente, que existe una abusividad y falta de transparencia en la cláusula que resulta sancionable.

Asimismo, considera que el control de la abusividad de la cláusula es procedente pese a que se refiera al elemento principal del precio, y para ello se ampara en lo establecido en la STS 9 de mayo de 2013 , donde efectivamente se llega a decir que: "221. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropriamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios ", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato."

El Alto Tribunal viene a manifestar la procedencia del control de abusividad, cuando precisamente la falta de claridad ha alejado la consideración del consumidor respecto de la Cláusula como un elemento de trascendencia del contrato y definitorio del elemento del precio, como se dice los puntos 189 y 190 de dicha resolución.



La misma sentencia citada en el punto 215 recoge el control al que debe estar sometido este tipo de cláusulas en estos términos:

"215. Sentado lo anterior cabe concluir:

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato."

En este punto asiste nuevamente la razón a la administración demandada, ya que (y habiendo requerido documentación en este sentido a la parte recurrente durante la tramitación del expediente), no consta que haya habido información al consumidor ofrecida con carácter previo, que permitiera conocer la trascendencia y efectos de la cláusula, así como simulaciones de escenarios o que se pusiera de relieve que las expectativas de alcanzar el suelo fijado como límite mínimo eran mucho más probables en el momento de la firma del contrato. (en este sentido cabe citar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria de fecha 13 de octubre de 2015, en el cual apunta a la falta de información relativa a una cláusula suelo, en el mismo año de la firma del contrato que nos ocupa en este procedimiento, en un escenario de descenso en picado del índice Euribor.)

Este juzgador considera de absoluta procedencia la cita de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid, Sentencia nº 369/2015 de 3 de diciembre, en la que se contiene el siguiente fundamento jurídico:

"TERCERO

Hemos de partir de que la redacción de la cláusula en cuestión es clara, concreta y sencilla, de manera que pasaría el primer filtro o control de transparencia, el control de inclusión documental de la cláusula conforme a los artículos 5 y 7 LCGC (RCL 1998, 960) conforme a los artículos 5 y 7 LCGC, mas no el de comprensibilidad de un consumidor medio como luego veremos.

Reza así: "...cuyo tipo máximo y mínimo de interés nominal anual aplicable durante la fase sujeta a intereses variables será del ocho por ciento (8,00%) y del tres por ciento (3,00%), respectivamente ...".

Se trata de una condición general aunque afecte a un elemento esencial, predispuesta por el empresario e impuesta (al menos no se acredita lo contrario por quien tenía la carga de su prueba ex art.217.3 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) de suerte que, como refiere la parte demandante, no ha sido negociada. Mas ello por sí solo no determinaría la nulidad.

En cuanto a que no sea posible realizar un control de abusividad sobre un elemento esencial (en cuanto conforma el precio), nos remitimos a lo arriba reseñado en cuanto que el Tribunal Supremo sí permite el mismo, como excepción, tratándose de consumidores y respecto de la concurrencia de otros parámetros.

Dicho de otra manera, el que se fije un tipo suelo del 3,00%, en sí mismo no puede ser objeto de control de abusividad pues el precio es el libremente pactado. Como reza la sentencia del TS de 29-12-1971 : "La falta de reciprocidad económica de las obligaciones convenidas y la consiguiente lesión para alguna de las partes no determina en nuestro Derecho la rescisión fuera de los casos señalados por la ley, art.1.293".

Ahora bien, si concurren otros parámetros de los enumerados a título ejemplificativo en la resolución de 9 de mayo de 2013, sí puede ser abusiva, incluso por un desequilibrio en su conjunto, ausencia de buena fe, falta de información etc.

Pues bien, en el presente caso no hay prueba ninguna de que se haya proporcionado información suficiente a los clientes, cuya carga incumbía a la parte demandada ex art.217.3 LEC, por cuanto que ni siquiera se ha llamado como testigo al empleado de la entidad demandada que tramitó el crédito.

No consta que se informara a los clientes sobre el alcance y trascendencia económico-financiera y jurídica de la cláusula limitativa a la baja. Y es que no hay folleto informativo, no constan simulaciones de "escenarios diversos" relativos a la variación de tipos de interés, ni ofertas alternativas con comparativa de costes.

Por otra parte, la mera lectura por el notario de la escritura no supone información adecuada.

Como reza la STS antes citada de 8 de septiembre de 2014 :

"En este sentido 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 ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia."

Señala la STS de 24 de marzo de 2015 :

"Por último, la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada."

Por si lo anterior fuera poco la cláusula cuestionada si no enmascarada en el contrato de crédito, sí aparece "difuminada" en la escritura (en el mismo sentido SAP de Valladolid de 20 de julio y 15 de septiembre de 2015), si bien con un apartado específico relativo a "Límites a la variación del tipo de interés aplicable", tan solo aparece en negrita el porcentaje, sin destacarse que ese y no otro podía ser el tipo "fijo" a aplicar durante muchos años de vigencia del contrato (35), de manera que siendo la voluntad del consumidor prestatario la de suscribir un crédito a interés variable, se podía convertir a tipo fijo durante la vida del mismo, de lo que podía ser conocedor el banco y no simples usuarios, máxime como en este caso en que cuando se concede el crédito el Euribor se encontraba al 1,412, en franco descenso desde hacía un año.

A mayor abundamiento, pasa de soslayo el banco que junto a la cláusula suelo se fijó un tipo máximo de interés (8%), cláusula techo, con el que no guarda proporcionalidad alguna, no hay reciprocidad siendo absolutamente abusivo, pues si bien puede parecer que no es un techo muy elevado, dada la evolución de los tipos de interés no era previsible alcanzar dicha cota (desde 1999 nunca había subido del 5,39% -julio de 2008- e insistimos que cuando se firma el contrato se encontraba al 1,412), de lo que también era conocedor la entidad y no un simple usuario.

Como dice nuestro Tribunal Supremo "...se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo..."; "Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas."; "...de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo".

En el mismo sentido las sentencias de la A.P de Valladolid de 17 de febrero de 2015 , la Sentencia 70/2015 de 8 de abril de 2015 y la Sentencia 69/2015 de la misma fecha , así como las sentencias nº82 y 83 de 28 de abril de 2015 y de 15 de septiembre de 2015 .

Entendemos por ello además que la actuación de la entidad es contraria a los buenos usos y prácticas financieras, al no haber acreditado que se haya informado a la parte demandante, como decimos, sobre el alcance tanto jurídico como económico- financiero de la inclusión en su contrato de una cláusula de limitación a la variación del tipo de interés, no debiendo olvidarse que el banco tiene una obligación activa de informar y no de mera disponibilidad (STS de 8 de julio de 2014) y que el hecho de que haya firmado una solicitud operación de activo unos días antes, no significa que se les haya proporcionado la información exigible ni suple tal obligación, pues como dice nuestra Audiencia Provincial en la sentencia 82/2015 de 28 de abril , este tipo de documento "no es de orden informativo sino de mera operativa interna", debiendo añadirse que en la oferta vinculante está igualmente "disimulado" el tipo mínimo al no destacarse convenientemente.

No supera en consecuencia el control de transparencia real en el sentido de comprensión por el consumidor del verdadero reparto de riesgos que deriva de la inclusión de la cláusula de acotación mínima a la variabilidad del tipo de interés.

Por todo lo anterior procede la íntegra estimación de la demanda."

Se trata en esta resolución del examen de la abusividad de una cláusula suelo de las mismas características que la que aquí nos incumbe, y este juzgador considera acertados dichos razonamientos, que giran sobre todo en torno a la información previa ofrecida al consumidor, o más bien a la falta de la misma, así como a que esta falta no se ve suplida por la intervención notarial.

Por tanto, la cláusula ha de considerarse abusiva según el art. 5.4 y 7 de la ley 7/1998 de 13 de abril Condiciones Generales Contratación , que disponen lo que sigue:

"5.4. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.



[...]

Artículo 7. No incorporación.

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

- a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato."

Así como según los arts. 80.1 y 82 del TRLGDCU que disponen: "Artículo 80 Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

Letra b) del número 1 del artículo 80 redactada por el apartado veinticinco del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre ("B.O.E." 28 marzo). Las disposiciones de la citada Ley serán de aplicación a los contratos con los consumidores y usuarios celebrados a partir de 13 junio de 2014. Vigencia: 29 marzo 2014 Efectos / Aplicación:

13 junio 2014

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

La Sentencia TS (Sala 1.ª) de 12 septiembre 2014, Rec. 1460/2013, fija como doctrina jurisprudencial que la condición general de los contratos de préstamo concertados por los consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por el fiador), de un pagaré en garantía de aquel, en el que el importe por la que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base en la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo, y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria."

"Artículo 82 Concepto de cláusulas abusivas

1. Se considerarán 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.
2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.
3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.
4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:
 - a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
 - b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
 - c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,



- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable."

En resumen, la cláusula es abusiva y por ello no existe por esta razón una infracción del principio de tipicidad, siendo correcta la aplicación del art. 50.4 g) Ley 6/2003 de 22 de diciembre .

QUINTO.- Dada respuesta a la naturaleza abusiva de la cláusula resta por examinar si se ha vulnerado el principio de culpabilidad en el marco del procedimiento sancionador que nos ocupa.

La respuesta a esta pretensión nuevamente ha de ser desestimatoria.

Podemos recuperar para ello la sentencia de 13 de octubre de 2015 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta misma plaza, nº 611-2014, cuando antes ya referimos que en el año en el que se firmó el contrato era previsible para la recurrente la activación de la cláusula. Esto denota una clara intencionalidad en el uso de la misma, no como una simple limitación del interés variable compensada por el límite máximo (techo) establecido, sino que existía una previsión de caída del índice Euribor que hacía aconsejable para la recurrente la existencia de la cláusula suelo.

Pudiendo destacarse esta observación como un elemento más que denota el desequilibrio de la cláusula, el uso de la cláusula abusiva en este supuesto concreto es calificable de culpable si lo contemplamos desde el punto de vista de la declaración de abusividad de la cláusula debido a un defecto de información. Qué duda cabe de que la actuación pasiva de la recurrente al no ofrecer la información pertinente al consumidor reforzando la naturaleza abusiva por falta de transparencia de la cláusula suelo, tiene esa nota de culpabilidad, por estar en sus propias manos y voluntad el proveer de dicha información necesaria al consumidor.

Todo lo dicho antes conduce a la desestimación íntegra del recurso.

SEXTO.- De conformidad con lo previsto en el art. 139 LJCA procede imponer las costas a la parte recurrente.

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

FALLO

Desestimo íntegramente el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador del los Tribunales D. Luís Pérez Ávila, actuando en nombre y representación de CAIXABANK S.A., contra la resolución del expediente sancionador núm. 48 A001-12-2015 dictada por el Director de Kontsumobide - Instituto Vasco de Consumo, en virtud de la cual se impone a la recurrente una sanción de multa por importe de 20.000€ como consecuencia de la comisión de la infracción prevista en el artículo 50.4 de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre del Estatuto de las Personas consumidoras y Usuarías. Con imposición de costas a la parte demandante.

Esta sentencia es FIRME y NO cabe contra ella RECURSO ordinario alguno. Conforme dispone el artículo 104 de la LJCA , en el plazo de DIEZ DÍAS, remítase oficio a la Administración demandada, al que se acompañará el expediente administrativo así como el testimonio de esta sentencia, y en el que se le hará saber que, en el plazo de DIEZ DÍAS, deberá acusar recibo de dicha documentación; recibido éste, archívense las actuaciones.

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

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el/la Ilmo/a. Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.