



Roj: **STS 1816/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1816**

Id Cendoj: **28079130042019100185**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **21/05/2019**

Nº de Recurso: **1135/2017**

Nº de Resolución: **647/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 10895/2016,**
ATS 9752/2017,
STS 1816/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 647/2019

Fecha de sentencia: 21/05/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1135/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: MMC

Nota:

R. CASACION núm.: 1135/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 647/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva



D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. Jose Luis Requero Ibañez

En Madrid, a 21 de mayo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1135/2017, interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, representada y defendida por Letrada de sus Servicios Jurídicos, contra la Sentencia dictada el 22 de noviembre de 2016 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de apelación 477/2016, sobre sanción administrativa en materia de consumo.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, la entidad mercantil KUTXABANK, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Prieto Lara- Barahona y defendida por el Letrado don Igor Ortega Ochoa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sede de Sevilla, se ha seguido el recurso de apelación 477/2016 interpuesto por la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2016 por el Juzgado nº 2 de Sevilla en autos de procedimiento ordinario 241/2015, que estimaba el recurso deducido por la mercantil Kutxabank, S.A. contra las resoluciones administrativas que le sancionaron como autor responsable de infracciones en materia de consumo y por considerar abusivas determinadas cláusulas contractuales.

SEGUNDO .- La sentencia recaída en apelación con fecha 22 de noviembre de 2016 contiene el siguiente Fallo: "Que debemos DESESTIMAR el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la Junta de Andalucía (Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales) representada y defendida por el Letrado de su Gabinete Jurídico contra sentencia dictada el 30 de marzo de 2016 por el juzgado nº 2 de Sevilla".

TERCERO .- Contra la mentada Sentencia se preparó recurso de casación ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte ahora recurrente interpuso el citado recurso de casación.

CUARTO .- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de 25 de septiembre de 2017, se acordó lo siguiente:

"Segundo. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

Si la imposición por la Administración pública competente de la sanción por la comisión de la infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios contemplada en el artículo 49.1 letra i) 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 (introducción de cláusulas abusivas en los contratos) y en el artículo 71.6.2 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía -de contenido sustancialmente idéntico al anterior- requiere la previa declaración del carácter abusivo de la cláusula por parte de la jurisdicción civil.

O si, por el contrario, basta con que la resolución administrativa sancionadora califique, motivadamente, la cláusula como abusiva, extendiéndose a tal razonamiento, a título prejudicial, el enjuiciamiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación los artículos 49.1.i) 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; 71.6.2 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía -de contenido sustancialmente idéntico al anterior- y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993".

QUINTO .- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 27 de noviembre de 2017, la representación procesal de la administración recurrente solicita "dicte Sentencia por la que estimando nuestro recurso, case y deje sin efecto la Sentencia de 22 de noviembre de 2016 de conformidad con lo señalado por esta parte".



SEXTO .- Mediante Providencia de 4 de diciembre de 2017, se da traslado del escrito de interposición a la parte recurrida que presenta escrito de oposición el 26 de enero de 2018, en el que solicita se dicte sentencia totalmente desestimatoria del recurso de casación interpuesto de contrario.

SÉPTIMO .- Por providencia de 22 de marzo de 2019 se señala para el día 7 de mayo de 2019 para deliberación y fallo, fecha en que tuvo lugar dicho acto. Con fecha del siguiente 8 de mayo siguiente la sentencia fue entregada para su firma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada el día dictada el 22 de noviembre de 2016 por la sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de apelación 477/2016 , sentencia que desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía contra la dictada el 30 de marzo de 2016 por el Juzgado nº 2 de Sevilla en el procedimiento ordinario 241/2015.

Esta sentencia de instancia contiene un pronunciamiento anulatorio de los actos administrativos que fueron impugnados por la mercantil Kutxabank, S.A y por los que se sancionó a la entidad bancaria con una multa de 40.000 euros como autora responsable de infracciones en materia de consumo y en razón de considerar abusivas determinadas cláusulas contractuales.

El Juzgado de Sevilla realizó tal pronunciamiento aplicando el criterio de una sentencia previa de la propia Sala de Sevilla y que consistía en negar la posibilidad de tal sanción administrativa mientras no existiese un pronunciamiento previo de la jurisdicción civil sobre el carácter abusivo de las cláusulas.

La sentencia ahora impugnada desestimó el recurso de apelación al considerar que no concurrían en la sentencia de instancia los motivos alegados:

1º) la infracción del artículo 49.1.i) 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, que dispone: "1. Son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios: i) La introducción de cláusulas abusivas en los contratos". Tampoco la infracción que en el mismo sentido contempla el artículo 71.6.2 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.

Para ello, con cita de lo anteriormente resuelto en el recurso 496/2014, argumenta que la sentencia de instancia no niega la competencia de la administración para sancionar comportamientos contrarios a la ley de consumidores sino que afirma que para sancionar por cláusulas abusivas es necesario que éstas hayan sido calificadas previamente como tales por la jurisdicción civil, considerando que esa calificación como abusiva de la cláusula es un presupuesto necesario para que la administración, en pleno ejercicio de sus competencias, sancione tales hechos.

2º) la infracción del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 , que se refiere a la obligación de los Estados de velar por los intereses de los consumidores incluyendo disposiciones que les permitan acudir a los órganos administrativos o judiciales competentes con el fin de que estos determinen si, ciertas cláusulas contractuales, tiene carácter abusivo.

Afirma aquí que la sentencia apelada no infringe dicha directiva por cuanto lo que sostiene es que las autoridades competentes en España para declarar el carácter abusivo de una cláusula son las de la jurisdicción civil. Todo ello, como decimos, sin perjuicio de que la administración ejercite sus potestades sancionadoras cuando el supuesto de hecho se haya producido.

SEGUNDO .- El interés casacional del recurso ha quedado delimitado, a tenor de lo declarado mediante Auto de esta Sala Tercera (Sección Primera) de 25 de septiembre de 2017 :

"SEGUNDO. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

Si la imposición por la Administración pública competente de la sanción por la comisión de la infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios contemplada en el artículo 49.1 letra i) 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 (introducción de cláusulas abusivas en los contratos) y en el artículo 71.6.2 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los



Consumidores y Usuarios de Andalucía -de contenido sustancialmente idéntico al anterior- requiere la previa declaración del carácter abusivo de la cláusula por parte de la jurisdicción civil.

O si, por el contrario, basta con que la resolución administrativa sancionadora califique, motivadamente, la cláusula como abusiva, extendiéndose a tal razonamiento, a título prejudicial, el enjuiciamiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

TERCERO. Identificar como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación los artículos 49.1.i) 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; 71.6.2 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía -de contenido sustancialmente idéntico al anterior- y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993."

TERCERO .- En el escrito de interposición, la Administración recurrente mantiene que la sentencia vulnera los artículos 49.1.i) 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; 71.6.2 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía -de contenido sustancialmente idéntico al anterior-; y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993.

Sostiene que esta normativa no impone una prejudicialidad civil para el pleno ejercicio de la potestad sancionadora administrativa y que, por ello, la sentencia limita indebidamente su ejercicio sin amparo normativo, máxime si se toma en consideración que el artículo 47.1 del citado Real Decreto Legislativo 1/2007 dispone que "Las Administraciones españolas que en cada caso resulten competentes sancionarán las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios cometidas en territorio español cualquiera que sea la nacionalidad, el domicilio o el lugar en que radiquen los establecimientos del responsable.". Es decir, la administración andaluza, puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en contratos con consumidores siempre que aprecie la abusividad de una cláusula de conformidad con lo establecido en los artículos 82 a 91 de esa norma. De otro modo, sostiene que el ejercicio de sus potestades, además de quedar sujeta a una prejudicialidad civil no prevista, quedaría supeditada a la actuación individual o colectiva de consumidores y usuarios, mediatizada por diversos factores (desconocimiento, perjuicios económicos derivados del ejercicio de acciones judiciales, etc), y provocando graves perjuicios.

Afirma también que la sentencia incurre en incongruencia interna porque tras afirmar que es necesaria la existencia de una declaración judicial de abusividad luego no admite la sanción cuando existe una sentencia que declaró abusivas determinadas cláusulas y por considerarla insuficiente.

Con base en todo ello y con cita de la sentencia dictada por esta Sala Tercera y sección cuarta el día 16 de octubre de 2017 (recurso de casación en interés de ley 2452/2016) termina suplicando la estimación del recurso, con anulación de la sentencia impugnada.

Por su parte, la representación de la parte recurrida solicita la desestimación del recurso haciendo alegaciones sobre los principios de tipicidad y legalidad en el derecho sancionador y sobre la competencia de la jurisdicción civil para declarar el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos, analizando la anteriormente reseñada sentencia de esta Sala de 16 de octubre de 2017. Hace referencia también a diversas sentencias de la jurisdicción civil sobre validez de determinadas cláusulas.

CUARTO .- Visto el contenido de los escritos de alegaciones de ambas partes procesales puede afirmarse que resulta evidente que conocen la sentencia dictada por esta Sala Tercera y sección cuarta el día 16 de octubre de 2017 (recurso de casación en interés de ley 2452/2016), de indudable relevancia para la cuestión que ahora tenemos que resolver puesto que, no en vano, fija una doctrina legal con el valor y alcance que el otorgaba el artículo 100 de la Ley jurisdiccional 29/1998, antes de su supresión por la disposición final 3.2 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

En esa sentencia se fijó como doctrina legal que "La Administración puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de los tipos infractores previstos en 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".

Para alcanzar esta conclusión se analizaron ya entonces las mismas cuestiones que ahora se plantean por las partes y que a continuación reproducimos:

" SEXTO.- La doctrina que sienta la sentencia recurrida desapodera a la Administración de la potestad sancionadora en la materia de consumidores y usuarios, concretamente en una actividad tan sensible como



la introducción de cláusulas abusivas. Dicho de otro modo, cuando la sentencia remite, para la fijación del carácter abusivo de las cláusulas, a una previa declaración de la jurisdicción civil, se está bloqueando la aplicación del catálogo de infracciones que describe el Texto Refundido Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, además de la Ley andaluza citada.

Así es, cuando se trata de sancionar por la introducción de cláusulas abusivas, y se impone esa declaración previa de la jurisdicción civil que declare, es de suponer que por sentencia firme, el carácter abusivo de la cláusula, no sólo retrasa el ejercicio de la potestad sancionadora, sino que lo impide, si tenemos en cuenta que la Administración carece de acción para acudir a dicha jurisdicción, postulando la nulidad de una cláusula puesta de un contrato privado entre una entidad bancaria y el usuario de sus servicios.

El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, no impone esa suerte de prejudicialidad civil que se infiere de la sentencia recurrida, para el ejercicio de la potestad sancionadora, toda vez que el ilícito administrativo que castiga, la introducción de cláusulas abusivas, es título suficiente para ejercer la potestad sancionadora. Sin perjuicio, naturalmente, de que la sanción impuesta sea luego impugnada ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, que será en el que se pronuncie sobre la legalidad de la sanción administrativa impuesta, y por ello sobre el carácter abusivo de la cláusula, exclusivamente a esos efectos sancionadores.

Téngase en cuenta que el citado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, se ha tomado la molestia de establecer el concepto de cláusula abusiva y catalogar los distintos tipos de abusos en los que pueden incurrir. Sin que el artículo 82 del expresado Texto Refundido, que cita la sentencia recurrida, imponga ese pronunciamiento previo de los jueces civiles, pues dicho precepto se refiere a la eventual subsistencia del contrato cuando ya ha habido una declaración judicial de nulidad de la cláusula abusiva.

Conviene precisar, en este sentido, que en el ejercicio de la potestad sancionadora lo que se ventila es si, con arreglo al indicado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, se han incorporado o introducido en el contrato determinadas cláusulas que son abusivas, por reunir las exigencias y estar en las modalidades que describe el propio Texto Refundido, a los efectos de imponer la correspondiente sanción. Ese es el ámbito acotado para su ejercicio. No parece que tenga sentido que la Ley estatal detalle qué ha de entenderse, en qué consiste, y qué tipos de cláusulas abusivas hay, si no puede ejercer la potestad sancionadora cuando se acredite la trasgresión que señala la Ley.

SÉPTIMO.- En fin, no está de más añadir que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no sólo no atribuye ese filtro al juez civil para el posterior ejercicio de la potestad sancionadora, sino que considera de manera amplia los modos para impedir o corregir el uso de cláusulas abusivas, cuando señala que las personas u organizaciones, que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección del consumidor, deben poder presentar un recurso contra las cláusulas contractuales redactadas con vistas a su utilización general en los contratos celebrados con consumidores, en especial las cláusulas abusivas, ya sea ante un órgano judicial o ante una autoridad administrativa con competencia para decidir sobre las demandas o para emprender las acciones judiciales adecuadas; que esta facultad, sin embargo, no supone el control sistemático previo de las condiciones generales utilizadas en tal o cual sector económico. Teniendo en cuenta que los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Este bloqueo del ejercicio de la potestad sancionadora, de todas la Administraciones Públicas, en esta materia, a que conduce la doctrina que sienta la sentencia, determina que sea, además de gravemente dañosa, errónea.

Conviene recordar que la finalidad de este recurso no es otro que evitar que sigan consolidándose criterios hermenéuticos erróneos cuando resulten gravemente dañosos para los intereses generales. No basta, como hemos señalado, un mero daño a los intereses generales, sino que el daño o la afectación negativa a los intereses generales ha de ser grave. Por lo que hace al caso, la gravedad se concreta, como hemos señalado y ahora insistimos, en la segura proyección de dicha doctrina a una pluralidad de supuestos, de tal modo que el error tenga ese efecto multiplicador que este peculiar recurso en interés de la Ley pretende atajar y evitar. Y es errónea por las razones que también hemos expuesto en los fundamentos anteriores."

QUINTO .- Esa será la doctrina que fijemos y determinará la estimación del recurso de casación con anulación de la sentencia recurrida y, por tanto, resolviendo las pretensiones ejercitadas en el recurso de apelación, efectuaremos el mismo pronunciamiento anulatorio respecto de la sentencia de primera instancia del Juzgado contencioso administrativo nº 2 de Sevilla que, al anular los actos administrativos impugnados, resolvió en modo diferente a la interpretación que sostenemos.



De conformidad con el artículo 93 de la Ley jurisdiccional 29/1998, estos pronunciamientos nos obligan a resolver las cuestiones planteadas en la instancia por la mercantil bancaria discutiendo la calificación de abusivas que la Administración autonómica andaluza hizo respecto de las siguientes cláusulas de un contrato de adhesión:

- (i) la referida a la fijación de un interés de demora del 17,25%,
- (ii) la causa de vencimiento anticipado por impago de la prima de seguro o de los tributos, contribuciones y gastos a que quedaba afecta la finca hipotecada,
- (iii) la de vencimiento anticipado por imposibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la hipoteca ofrecida en garantía

La administración consideró que esas cláusulas integraban la infracción grave tipificada en el artículo 71.6.2ª de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, en relación con su artículo 74.1.a), que considera como infracción por incumplimiento de obligaciones o prohibiciones contractuales legales: "Introducir en los contratos, en los contratos-tipo establecidos de forma unilateral o en las condiciones generales de contratación cláusulas abusivas de las previstas en los artículos 85 a 90 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, así como las declaradas como tales por sentencia judicial".

Entendió que eran apreciables supuestos concretos de abusividad incluidos en el 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, concretamente los siguientes:

a) artículo 85: "Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguiente: 6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones."

b) artículos 88: " En todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que supongan: 1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido."

La infracción fue calificada como muy grave en aplicación de la causa prevista en la letra c) del artículo 72.3 de la misma Ley ("Haberse realizado aprovechando situaciones de necesidad de determinadas personas, así como originar tal situación, o bien recaer sobre bienes o servicios de uso o consumo ordinario y generalizado.") y se impuso una sanción de 40.000 euros.

SEXTO .- La cláusula de fijación de un interés de demora del 17,25% fue considerada como abusiva por la administración, en clara aplicación del criterio fijado por el artículo 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, por ser notoria e injustificadamente desproporcionado respecto del interés legal del dinero para el año en que fueron formalizados los contratos (2009), que según la Ley de Presupuestos 2/2008, de 23 de diciembre, era del 4%, siendo el interés nominal el resultante de incrementar el Euribor en un margen de 0,850 y de 1,100 puntos porcentuales. Citaba en su apoyo una sentencia del Juzgado de lo contencioso nº 6 de Sevilla (nº 129/2014, de 1 de marzo) que admitiendo que el interés de mora, como cláusula indemnizatoria por incumplimiento, tiene que ser superior al ordinario pactado con carácter remuneratorio pero debe mantener una cierta proporción entre ambos, considerando desproporcionado intereses del 21%, 25.50% y 26% que analizaba.

La entidad bancaria oponía frente a ello una serie de alegaciones que, en esencia, serán las siguientes:

a) la finalidad reconocida de los intereses de demora. Resalta que tienen plena autonomía y que no son accesorios de los intereses remuneratorios, que cumplen una finalidad disuasoria del impago del préstamo, una función compensatoria del alto coste que suponen para las entidades financieras los préstamos que entran en mora y, finalmente, una función penalizadora. Menciona sentencias de audiencias provinciales, informes de la autoridad bancaria, conclusiones de la Abogada General del TJUE en el Asunto C-415/11 (asunto Aziz), y una sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1998 en cuanto mantiene que los intereses de demora actúan como una cláusula valor con la que se persigue adecuar la realidad a la inflación.

b) la doctrina jurisprudencial que diferencia entre intereses remuneratorios y moratorios, declarando que solo a los primeros resulta aplicable la Ley de represión de la usura de 1908. Cita una sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 que declaró la validez de una cláusula de intereses moratorios del 26% anual.

c) que la entidad bancaria había actuado dentro de los parámetros de la buena fe y de forma leal y equitativa.

Hace aquí cita del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que establece que "Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe,



causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.". Con base en ella, afirma que la abusividad de una cláusula, además de la falta de negociación, exige de la concurrencia de tres requisitos: 1) que vaya contra las exigencias de la buena fe, ...; 2) que cause un desequilibrio importante entre derechos y obligaciones contenidas en el contrato, ...; 3) que ese desequilibrio cause un perjuicio al consumidor,

Finalmente aduce que la reciente modificación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, llevada a cabo por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, limita los intereses de demora de los préstamos garantizados con hipoteca constituida sobre vivienda habitual que no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero, resaltando que en función del interés legal para el año 2008 el límite será del 16,5%, muy próximo al interés de demora pactado.

d) que, de conformidad con la Disposición Transitoria Segunda de esa Ley 1/2013, de 14 de mayo, el límite del interés de demora resulta aplicable para las hipotecas constituidas con posterioridad a su entrada en vigor (15 de mayo de 2013) y, respecto de las que fueran anteriores, solo lo será para los intereses de demora que se devenguen con posterioridad y para los ya devengados, pero no satisfechos.

Por tanto, se ha producido una modificación ope legis de las cláusulas de intereses de demora pactadas en los préstamos ya concedidos y ello ha sido aplicado por la entidad prestamista.

La administración sancionadora rechaza estos alegatos en su escrito de contestación a la demanda reiterando las razones empleadas en las resoluciones administrativas impugnadas y por las que la cláusula fue considerada abusiva. Añade que la reforma de la Ley 1/2013 tampoco excluye su responsabilidad pues los intereses considerados abusivos derivan de préstamos hipotecarios formalizados desde 2009 a 2011.

Este motivo de impugnación no puede ser admitido.

No cabe duda del alcance de la Directiva 93/2013 y efecto derivado de la reforma introducida por la Ley 1/2013 en la práctica del mercado hipotecario y de la necesaria adaptación de los intereses pactados. Pero no es esto lo que se sanciona por la administración andaluza, es decir, la no adaptación de la cláusula a las previsiones legales, sino el uso de la cláusula por la entidad bancaria en los años anteriores y en función de parámetros de valoración muy concretos.

Consideramos que los intereses aplicados por la entidad bancaria recurrente (17,25%) en el periodo valorado (2009 a 2011), tal y como fue puesta de manifiesto por la administración andaluza, permiten la calificación de abusivos por ser notoria e injustificadamente desproporcionados respecto del interés legal del dinero para los años en que fueron formalizados los contratos (4%, salvo unos meses del año 2009), y siendo el interés nominal el resultante de incrementar el Euribor en un margen de 0,850 y de 1,100 puntos porcentuales.

En todo caso, en la tesis del recurrente sobre la necesidad de previo pronunciamiento de la jurisdicción civil, que como queda dicho no compartimos, puede decirse que ya en el año 2015 (sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, y 469/2015, de 8 de septiembre) la Sala Primera del Tribunal Supremo abordó la cuestión del control de abusividad de las cláusulas que establecían el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, y que las sentencias del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, abordaron esta misma cuestión respecto de la cláusula del interés de demora en los préstamos con garantía a hipotecaria concertados con consumidores.

En estas sentencias, se consideró que, "ante la falta de una previsión legal que fijara de forma imperativa el criterio aplicable para el control de su abusividad (sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank), el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora era fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva."

SÉPTIMO .- La cláusula de vencimiento anticipado por impago de la prima de seguro o de los tributos, contribuciones y gastos a que quedaba afecta la finca hipotecada, fue declarada abusiva por la administración andaluza por las razones contenidas en el fundamento de derecho 11 de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (recurso de casación 2114/2015):

"A la misma se refiere el fundamento de derecho decimoséptimo de la sentencia recurrida, que la recoge con el siguiente tenor: "(vencimiento anticipado) "cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa"".

El art. 1.129 CC establece que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulta insolvente, salvo que garantice la deuda; 2º. Cuando no otorgue al acreedor las



garantías a que estuviere comprometido; 3º. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

La previsión legal, de carácter objetivo y para eventualidades posteriores al contrato, sería perfectamente aplicable como cláusula de vencimiento anticipado, pero la cláusula va más allá, pues no se refiere a insolvencia, sino a que se haya "acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia", y ello supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías. Por consiguiente, no se trata de excluir que la Entidad Financiera mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional -predisponente- para ejercitar la facultad resolutoria contractual."

La mercantil recurrente alegaba en su demanda de primera instancia que la sentencia en que se apoyaba la administración andaluza venía referida a un supuesto diferente de resolución por vencimiento anticipado (por embargo o disminución de solvencia) al que era objeto de sanción (por impago de seguros o tributos) y afirmaba que una cláusula igual a la valorada y considerada abusiva por la administración habría sido admitida por sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2008 (recurso 2027/2003).

Este motivo de nulidad alegado en la demanda debe ser acogido.

Ello ha de ser así porque la administración integra el supuesto de hecho de abusividad de la norma - artículo 88.1 del RD Legislativo 1/2007 - , representado por "la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido", no solo con base en una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo referida a una cláusula claramente diferente sino, además, sin exponer las razones concretas por las que considera que concurre la desproporción entre las garantías y el riesgo.

Es decir, si la administración mantiene su competencia para sancionar al margen o sin necesidad de resolución jurisdiccional previa sobre la naturaleza abusiva de una cláusula, no es admisible que sancione a un administrado con base en una sentencia referida a un supuesto de hecho diferente y que lo haga sin exponer las razones para aplicar expresamente los argumentos jurídicos de esa sentencia al supuesto de hecho que analiza, haciéndolo además sin valorar la incidencia de ese criterio en la finalidad de la cláusula impuesta cuando: a) según el artículo 1923.1 y 3 del código civil , en correlación con la ley general tributaria, el impago de tributos a que estuviese afecta la finca gravada otorgaba al acreedor una preferencia legal de cobro sobre la posición del acreedor hipotecario; b) según el artículo 8 de la ley del mercado inmobiliario 2/1981 los bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños y la existencia del seguro otorga al acreedor hipotecario un derecho de cobro a tenor del artículo 40 de la ley de contrato de seguro 50/1980.

Además, la mercantil había citado una sentencia del Tribunal Supremo que a la fecha de inició el expediente (24 de noviembre de 2011) convalidaba la cláusula cuestionada, sin que tampoco la administración andaluza haya dicho nada sobre la incidencia que el criterio judicial pudiera tener o no en la cláusula que consideraba abusiva.

OCTAVO .- La cláusula de vencimiento anticipado por incompatibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la hipoteca ofrecida en garantía fue considerada abusiva por la administración con apoyo en el fundamento de derecho 21 de la citada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (recurso de casación 2114/2015):

"En el motivo que a efectos de identificación numeramos como cuarto se pretende por Caja Madrid que se declare la validez de la cláusula de resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro (6ª). Se argumenta que: no constituye vulneración de lo dispuesto en el art. 1.255 CC ; no sólo la efectiva constitución de la garantía constituye un elemento esencial de configuración de la voluntad del prestamista, sino que la correcta inscripción registral del derecho real de hipoteca beneficia tanto al prestamista como al prestatario, ya que éste será el primer interesado en que el Registro refleje el estado de propiedad, cargas y derechos que pueden recaer sobre el inmueble de su propiedad; y no solo no existe perjuicio para el consumidor, sino que es la entidad la que asume el riesgo de desembolsar sin plenas garantías, y si se produce el supuesto de no inscripción de la hipoteca, queda la entidad abocada para la recuperación de lo ya entregado, sin posibilidad de poder acudir a un proceso ejecutivo sumario, a un procedimiento declarativo de menor eficacia y rapidez que aquél.

La Sentencia recurrida examina la cláusula en el fundamento décimooctavo donde recoge la estipulación que identifica como DECIMOTERCERA con el siguiente tenor literal: "(Vencimiento anticipado:) " Cuando se deniegue la inscripción de la escritura en el registro de la propiedad por cualquier causa"". A continuación, examina la cláusula en relación con ... y estima que es abusiva en cuanto causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, porque la causa de la no inscripción



pudo y debió haberla comprobado la entidad antes de la concesión del préstamo, lo que impide que se penalice a la otra parte contratante imponiéndole la cláusula controvertida. Finalmente analiza la cláusula en relación con ..., y se remite a lo anteriormente razonado, añadiendo que al tiempo de la celebración del contrato en el que se incluye la cláusula, son las entidades prestamistas las que asumen el riesgo de hacer el desembolso que el préstamo conlleva confiando en la posterior inscripción de la hipoteca que garantiza su restitución.

El motivo se desestima porque la cláusula no distingue a quien sea imputable la imposible constitución de la hipoteca. Es cierto que la hipoteca como garantía de la devolución del préstamo puede ser condicionante de la concesión de éste, pero no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir. Como señala la parte recurrida, el problema de la cláusula es que "recoge la facultad del banco de resolver el préstamo si no pudiera registrarse el documento de hipoteca por cualquier motivo, incluso los ajenos al cliente", y que no tiene en cuenta que es "suya [de la Entidad Financiera] la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribirlo" [el préstamo]. En definitiva "lo que se deduce de la cláusula es que la prestamista no responde en ningún caso, ni siquiera cuando el error deriva de la actuación de sus agentes", y esto es ciertamente desproporcionado, y, por ende, abusivo.".

La parte recurrente afirmaba en su demanda que aportó durante el expediente claros ejemplos de haber adaptado su actuación al criterio de la citada sentencia y que la cláusula contenida en la escritura tomada en consideración en el expediente (folio 47), de fecha anterior a esa doctrina del Tribunal Supremo, no puede ser considerada abusiva pues hasta entonces no había sido cuestionada. Resaltaba que cuando se inició el expediente (24 de noviembre de 2011) la mercantil ya había adaptado sus contratos a la doctrina del Tribunal Supremo.

Es evidente que en este caso la administración andaluza consideró abusiva la cláusula de vencimiento anticipado integrando el supuesto de hecho de abusividad de la norma - artículo 88.1 del RD Legislativo 1/2007 -, representado por "la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido", con argumentos extraídos de una resolución judicial que expresamente llegaba a la misma conclusión por considerar desproporcionado y, por ende, abusivo, el hecho de que la entidad prestamista no respondiese en ningún caso, ni siquiera cuando el error que determina la no inscripción deriva de la actuación de sus agentes.

A diferencia de lo acontecido con la cláusula analizada en el anterior fundamento de derecho séptimo, la administración pone aquí de manifiesto las razones por las que sanciona a la entidad bancaria y lo hace en función de los presupuestos necesarios para ello pues vienen referidas a la desproporción entre garantía y riesgo.

Pero lo que la parte cuestionaba en su demanda no era realmente eso, sino que el criterio de abusividad se aplicase respecto de hechos anteriores a la doctrina jurisprudencial aplicada, acontecidos antes del inicio del expediente sancionador y sin tomar en consideración que, como entidad prestamista, había adaptado su forma de actuar a esa línea jurisprudencial, circunstancia ésta que estaba acreditada en el propio expediente administrativo.

La circunstancia de que el expediente viniese referido a hechos anteriores a su inicio no es causa para acoger la pretensión pues es evidente que así debe de ser: se abre un expediente por hechos que ya han ocurrido o, cuando menos, que se están produciendo.

Ahora bien, es lo cierto que el expediente también se justifica por hechos que se mantienen o reiteran y, sin embargo, en este caso la entidad bancaria acreditó que su comportamiento no era ese, sino que ajustó su actividad como prestamista a la nueva doctrina jurisprudencial y adaptó el contenido de la cláusula de vencimiento anticipado por imposibilidad de inscripción registral de la hipoteca, contemplando que la causa estuviese relacionada o fuese imputable a cualquiera de las dos partes. Por tanto, al momento de inicio del expediente la actividad bancaria no incurría en la irregularidad apreciada.

Por todo ello, también este motivo debe ser acogido.

NOVENO .- Alcanzadas las anteriores conclusiones sobre las cláusulas que la administración andaluza consideró abusivas y dado que anulamos la calificación respecto de dos de ellas, quedando reducida la sanción al empleo de la cláusula de intereses de demora, la decisión siguiente será la de anular la cuantía de la sanción impuesta pues no será proporcionado mantener la de 40.000 euros, fijándola en la suma de 30.000 euros que era la mínima posible para una sanción muy grave como la apreciada en la redacción que a la fecha de los hechos tenía el artículo 74.1.a) de la Ley autonómica 13/2007, de 17 de diciembre.

DÉCIMO .- La presente sentencia, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, ha establecido en los precedentes fundamentos la interpretación de aquellas normas sobre las que el auto de admisión consideró necesario el



enjuiciamiento del presente recurso de casación por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo y, conforme a ello, declarará:

1º) que la Administración pública competente puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de los tipos infractores previstos en 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.

2º) que la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en aplicación de esa normativa y de la propia, integrada por la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios sin necesidad de previa declaración judicial del orden civil.

3º) que procede la anulación de las sentencias dictadas el 22 de noviembre de 2016, por la sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de apelación 477/2016, y el 30 de marzo de 2016, por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Sevilla en el procedimiento ordinario 241/2015, sentencias que se anularán y dejarán sin efecto.

4º) que se estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad mercantil Kutxabank, S.A. contra la Resolución dictada el 24 de febrero de 2015 por el Viceconsejero de Administración Local y Relaciones Institucionales de la Junta de Andalucía en desestimación del recurso de alzada que había sido presentado frente a la Resolución de 15 de enero de 2014 por la Secretaría General de Consumo en el expediente sancionador 04-000167-13 (2014/55/470), ello a los efectos de rebajar la cuantía de la sanción de multa a la suma de 30.000 euros como autora responsable de la infracción en materia de consumo referida en el fundamento de derecho séptimo de esta sentencia.

UNDÉCIMO .- De conformidad con el dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA tras la reforma por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la sentencia que se dicte resolverá sobre las costas de la instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de esta ley y dispondrá, en cuanto a las del recurso de casación, que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Por ello, se acuerda:

- a) no hacer imposición de las costas de la instancia por considerar evidente que el caso presentaba serias dudas de derecho por la dificultad que, por su singularidad, entraña la cuestión debatida.
- b) cada parte abonará, en cuanto a las del recurso de casación, las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico sexto a las cuestiones de interés casacional planteadas

1º) **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía contra la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2016 por sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de apelación 477/2016, sentencia que ANULAMOS.

2º) **ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía contra la Sentencia dictada el día 30 de marzo de 2016 por del Juzgado contencioso administrativo nº 2 de Sevilla en el proceso ordinario 241/2015, sentencia que ANULAMOS.

3º) **ESTIMAR EN PARTE** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Kutxabank, S.A. contra la Resolución dictada el 24 de febrero de 2015 por el Viceconsejero de Administración Local y Relaciones Institucionales de la Junta de Andalucía en desestimación del recurso de alzada que había sido presentado frente a la Resolución de 15 de mayo de 2014 por la Secretaría General de Consumo en el expediente sancionador 04-000167-13 (2014/55/470), ello a los efectos de rebajar la cuantía de la sanción de multa a la suma de 30.000 euros como autora responsable de la infracción en materia de consumo referida en el fundamento de derecho séptimo de esta sentencia.

4º) **HACER IMPOSICIÓN** de costas en los términos previstos en el fundamento último.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ