



Roj: **STSJ PV 3977/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:3977**

Id Cendoj: **48020330012016100538**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **28/12/2016**

Nº de Recurso: **782/2016**

Nº de Resolución: **573/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **MARGARITA DIAZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 782/2016

SENTENCIA NÚMERO 573/2016

ILMOS. SRES. PRESIDENTE:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

MAGISTRADOS:

D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO D^a. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En la Villa de Bilbao, a veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación contra la sentencia número 92, dictada el 2-5-2016 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número Dos de Vitoria-Gasteiz en el recurso contencioso-administrativo número 66/2016, en el que se impugna la Orden de 18-1-2016 del Departamento de Salud desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra resolución de 1-10-2015 imponiendo sanción de multa por la comisión de una infracción grave en materia de consumo. Expediente sancionador 01/A001/17/2015.

Son parte:

- **APELANTE** : CAIXABANK, S.A., representada por el procurador D.JAVIER ORTEGA AZPITARTE y dirigida por el letrado D. MANUEL SILVA SÁNCHEZ.

- **APELADA** : GOBIERNO VASCO - ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, representado y dirigido por los LETRADOS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARGARITA DÍAZ PÉREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por CAIXABANK, S.A. recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia de conformidad con sus pedimentos.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a la otra parte para que en el plazo de quince días pudiera formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 20-10-2016, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.



CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante el presente recurso de apelación D. Luis Pérez Ávila, procurador de los Tribunales y de Caixabank, S.A., impugna la sentencia nº 92/2016, de 2 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vitoria-Gasteiz en el procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales nº 66/2016.

La sentencia recaída en la instancia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden de 18 de enero de 2016 del Consejero de Salud, desestimatoria del recurso de alzada formulado frente a la Resolución de 1 de octubre de 2015, del Director de **Kontsumobide**-Instituto Vasco de Consumo, que impone a la recurrente sanción de multa por importe de 30.000 €, por la comisión de la infracción prevista en el artículo 50.4.g) de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, del Estatuto de las personas consumidoras y usuarias, en relación con los artículos 82 , 85.6 y 87.6 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por causa de la inclusión en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria otorgados por la entidad de la cláusula de comisión de posiciones deudoras.

En el fundamento de derecho primero expone la juzgadora consideraciones generales en torno al procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio), dejando al margen de ese cauce procedimental las alegaciones relativas a la infracción del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y las atinentes a la legalidad ordinaria no conectadas íntima y directamente con los derechos fundamentales.

En el segundo, relaciona las vulneraciones denunciadas por la actora - artículo 24 de la CE (presunción de inocencia y tutela judicial efectiva), y artículo 25 CE (principio de tipicidad en materia sancionadora y culpabilidad)- con resumen de sus principales argumentos, para a continuación rechazar la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva, y del principio de tipicidad, con referencia al artículo 4.1 LJCA , y reconocimiento de la legitimación de **Kontsumobide** para verificar la concurrencia de los elementos integrantes de la infracción legalmente tipificada, que no es otra que la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, asumiendo íntegramente la doctrina sentada, entre otras, en la STSJ Madrid, Sección 9ª, de 6 de junio de 2006 .

En el fundamento de derecho tercero estima innecesaria la declaración judicial firme sobre el carácter abusivo de las cláusulas que han dado lugar a la incoación del expediente sancionador, subrayando, no obstante, los múltiples pronunciamientos que en el Orden Jurisdiccional Civil han declarado su abusividad, con transcripción de la SAP Madrid de 26 de noviembre de 2015 .

Por último, en el fundamento de derecho cuarto dice inexistente la infracción del principio de culpabilidad (art. 25 CE), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 , al constatarse que la sociedad recurrente no ha observado el régimen especial tuitivo de consumidores y usuarios.

SEGUNDO.- Interesa la defensa apelante de esta Sala el dictado de sentencia estimatoria de sus pretensiones, con pronunciamiento expreso sobre el fondo del asunto, en base a los siguientes motivos impugnatorios:

1º Infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por vulneración de la prejudicialidad civil:

Postula la aplicación del artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por cuanto, resultando el carácter abusivo de la cláusula un elemento decisivo para la determinación de la inocencia o culpabilidad de la mercantil sancionada, el procedimiento hubo de ser suspendido hasta que los órganos jurisdiccionales competentes se pronunciaran sobre su validez o abusividad.

Resalta que el apartamiento arbitrario de esta excepción de prejudicialidad, puede resultar contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ante la posibilidad de que puedan producirse pronunciamientos contradictorios (STC 50/1996 de 26 de marzo ; STC 255/2000, de 30 de octubre y STC 147/2002, de 15 de mayo , entre otras).

2º Infracción del principio de tipicidad. Falta el elemento objetivo del tipo de haber sido declarada la cláusula abusiva por la Jurisdicción Civil:

Aduce que la jurisprudencia acogida por la sentencia de instancia resulta la menos garantista de los principios de tipicidad y de presunción de inocencia, frente a la línea jurisprudencial, de la que son ejemplo las sentencias de 2 de junio de 2015 y 23 de enero de 2012 del TSJ de Andalucía, la del TSJ de Castilla-La Mancha, de 12 de septiembre de 2011, y la del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Jaén, de 22 de mayo de



2013, en cuya virtud, la declaración de la abusividad de la cláusula, que constituye uno de los elementos típicos esenciales de la infracción que se imputa a la actora, corresponde única y exclusivamente a la Jurisdicción Civil.

Y a día de hoy, no existe una declaración judicial firme por parte de los órganos jurisdiccionales competentes, que determine el carácter abusivo de las cláusulas que han dado lugar a la incoación del expediente sancionador, incurriéndose en infracción flagrante del principio de tipicidad, así como del de presunción de inocencia.

3º Infracción del principio de tipicidad. Las cláusulas de comisión de gestión de reclamación de impagados no resultan abusivas "per sé":

Sostiene aquí que, de acuerdo con la jurisprudencia, su eventual carácter abusivo deberá valorarse individualmente en función de la concurrencia de distintas circunstancias.

Trae a colación el auto núm. 385/2014 de 17 diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), que ha declarado la validez de la cláusula siempre que la misma sea redactada en términos claros y comprensibles, y su aplicación resulte conforme con la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, como es el caso de la cláusula discutida.

Pone de manifiesto que la AP de Barcelona (Sección 13ª), en auto nº 53/2015, de 2 de marzo, se ha pronunciado en contra del carácter abusivo "per sé" de la cláusula de comisión de gestión de reclamación de impagados. Y tanto la Administración como el Juzgado de Instancia han afirmado tal carácter en abstracto, sin poder valorar circunstancias como la proporcionalidad del importe de la comisión o los supuestos en los que se aplica, circunstancias que, de acuerdo con la jurisprudencia, resultan esenciales en la valoración de su validez.

4º Infracción del principio de culpabilidad. Inexistencia de dolo, negligencia y simple inobservancia por parte de Caixabank:

Afirma que en modo alguno puede apreciarse una actitud inobservante por parte de la actora, máxime cuando ha cumplido la legalidad vigente, así como los criterios jurisprudenciales y las directrices y criterios que ha establecido el Banco de España, en relación con el contenido y la forma de las cláusulas objeto de análisis.

Pretende la aplicación de la STS, Sala Tercera, de 24 de noviembre de 2009, en la que se valoraba la posible abusividad de las cláusulas de redondeo al alza en préstamos hipotecarios, estableciendo que si hubiere dudas razonables sobre la abusividad, la sanción resultaba del todo improcedente.

TERCERO.- El letrado de los Servicios Jurídicos Centrales de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco se ha opuesto al recurso, conforme a estas alegaciones:

1ª La calificación como abusiva de una cláusula no precisa de una previa declaración del Orden Civil, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno, no resultando inmediatamente trasladable lo dispuesto en el artículo 4 LECri.

2ª La aceptación de la tesis actora supone dejar en la práctica sin función alguna a los órganos de protección de los consumidores, quedando frustrada una función con evidente interés constitucional.

3ª **Kontsumobide**, primero, y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa después, son plenamente competentes para analizar y decidir, desde la perspectiva de la protección del consumidor, sobre la abusividad de la cláusula; cosa distinta es que para sostener la corrección de lo decidido por **Kontsumobide** se acuda a la jurisprudencia civil recaída al respecto.

4ª La resolución sancionadora obedece a un detenido análisis de la concreta cláusula puesta en cuestión y de los efectos que la misma produce en los consumidores, careciendo en este punto el escrito de recurso de crítica alguna de la sentencia apelada.

5ª La inobservancia en el actuar de la recurrente se deduce del expediente e incluso de sus propias manifestaciones, en cuanto tenía la obligación de cumplir con las obligaciones que le imponía la normativa y jurisprudencia aplicables, y no hacerlo constituye título de imputación suficiente.

CUARTO.- En el primero de los motivos impugnatorios, reproduce la defensa actora los argumentos que sustentaban el quinto articulado en la instancia bajo el enunciado "infracción del principio de seguridad jurídica", sin refutar la denotación del órgano judicial de instancia, en punto a la exclusión del examen de esa cuestión en el procedimiento especial, preferente y sumario previsto en los arts. 114 a 122 de la Ley Jurisdiccional, en razón de su limitada cognición a la defensa y protección de los derechos fundamentales; incurre así en flagrante olvido de la naturaleza del recurso de apelación, que exige del apelante someter a la



debida crítica la sentencia que impugna, con la consecuencia de que la ausencia de motivación o razonamiento específico dirigido a combatirla, equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia.

No obstante, sin perjuicio de lo anterior, se ha de significar que reitera en esta sede la invocación del artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no es aplicable al caso, en tanto regula lo que la doctrina denomina "cuestión prejudicial devolutiva" o "invertida", y prevé la suspensión del procedimiento penal, si se propusieren cuestiones civiles o administrativas, determinantes de la culpabilidad o de la inocencia, hasta su resolución por el órgano que corresponda.

Cuando el presente motivo impugnatorio se endereza a la suspensión del procedimiento contencioso-administrativo por prejudicialidad civil, bajo la errónea premisa de que la imposición de sanción por infracción de las previstas en el artículo 50.4.g) de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, del Estatuto de las personas consumidoras y usuarias, requiere de la previa declaración en la Jurisdicción Civil del carácter abusivo de la cláusula de comisión de posiciones deudoras.

Y decimos errónea, toda vez que de conformidad con el artículo 4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, rectamente aplicado por la jueza "a quo": "1. La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al 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".-2. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente".

Son numerosos los pronunciamientos del Tribunal Supremo que en base a este artículo descartan la suspensión del procedimiento contencioso-administrativo por prejudicialidad civil, por todas, la STS 29 de septiembre de 2014 (rec. nº 5231/2011) dice:

"(...)además, de que la suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil, prevista en el artículo 43 LEC, no es supletoriamente aplicable a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que como advierte la sentencia de esta Sala de 28 de junio de 2005 (recurso 6/2004), el artículo 4 LJCA contiene una concreta regulación sobre las cuestiones prejudiciales no pertenecientes al orden administrativo, conforme a la cual "la regla general es que al orden contencioso administrativo le es dado conocer y pronunciarse sobre cuestiones ajenas a su competencia, sin necesidad de suspender el curso del proceso y esperar a que los órganos competentes emitan su resolución sobre las mismas, cuando de ello dependa la correcta resolución del objeto del proceso principal," con excepción de las cuestiones prejudiciales de carácter penal, constitucional y las reguladas en tratados internacionales".

No consta, en todo caso, la pendencia de recurso deducido frente a la cláusula litigiosa ante los órganos del Orden Jurisdiccional Civil.

El ejercicio en este caso de la competencia sancionadora por el Instituto Vasco de Consumo/**Kontsumobide** sin necesidad de previo pronunciamiento de ese Orden, se ajusta además plenamente a las atribuciones que la normativa administrativa confiere a los órganos llamados a proteger los derechos de los consumidores y usuarios, y es acorde con la definición del ilícito sancionado, en lo que abundaremos a continuación

QUINTO.- Por las razones antedichas, no puede acogerse la denuncia del principio de tipicidad -que la sentencia incardina en el procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales y la parte apelada no cuestiona-, en tanto se funda, no en la improcedente subsunción de la conducta contractual en las infracciones advertidas por el Instituto sancionador, sino en la inexistencia de declaración judicial firme por los Tribunales civiles de la abusividad de la cláusula determinante de la imposición de la sanción, que reza:

"Comisión de gestión de reclamación de impagados de 35 euros por cada cuota pactada que resulte impagada a su vencimiento, a satisfacer en el momento en que se genere la primera reclamación por escrito solicitando su regularización".

Tal declaración, contrariamente a lo sostenido por la apelante, no es elemento que integre el tipo infractor aplicado -su elemento esencial es la abusividad de la cláusula- lo que reconduce la cuestión a la prejudicialidad rechazada en el fundamento precedente, en la línea de lo que es posición mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia -jurisprudencia menor citada en la sentencia de instancia- frente a la minoritaria que la apelante menciona.

Así, se sanciona la comisión de la infracción descrita en el artículo 50.4.g) de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, en estos términos:



"g) La inclusión, en las condiciones generales de los contratos que suscriban las personas consumidoras y usuarias o en las ofertas publicitarias, de cláusulas que **limiten o vulneren los derechos** reconocidos a las personas consumidoras y usuarias por las disposiciones que resulten aplicables".

Lo que se persigue es, por tanto, un ilícito administrativo derivado del incumplimiento de las normas sobre protección de los consumidores en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Vasca, de forma que, empero la competencia de los Tribunales del Orden Civil para declarar la nulidad de las estipulaciones contractuales abusivas, indiscutida la del Instituto Vasco de Consumo/**Kontsumobide** para la imposición de sanciones en materia de consumo -que resulta de los artículos 10.28 del Estatuto de Autonomía y artículo 47.3 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, artículo 66 de la mentada Ley 6/2003, de 22 de diciembre, y artículos 3 y 4 de la Ley 9/2007, de 29 de junio, de creación de **Kontsumobide**- a este organismo autónomo, adscrito al Departamento de Salud del Gobierno Vasco, corresponde verificar la abusividad de la cláusula que regula la comisión por reclamación de impagados incluida en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados con Caixabank, S.A., a los solos efectos de la protección de consumidores y usuarios, y con los límites previstos en el artículo 4.2 de la Ley Jurisdiccional, esto es, sin efectos fuera de este proceso, ni vinculación al Orden Jurisdiccional Civil.

Y ello en congruencia con lo dispuesto en el artículo 81 del RDL 1/2007, que impone a las empresas que celebren contratos con los consumidores y usuarios, la obligación de remitir, a solicitud de los órganos competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, las condiciones generales de contratación que integren esos contratos *"al objeto de facilitar el estudio y valoración del posible carácter abusivo de determinadas cláusulas y, en su caso, ejercitar las competencias que en materia de control y sanción les atribuye esta ley"*.

Valoración que debe llevarse a cabo de conformidad con el Título II, Capítulo I, de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, que en sus artículos 82 a 89, define el concepto "cláusula abusiva" e identifica las estipulaciones no negociadas individualmente que deben ser consideradas como tales.

Ahora bien, no obsta a lo expuesto, que en esa valoración, y a los efectos de su posible subsunción en las acciones constitutivas de infracción en materia de consumo (art. 50 de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre), el órgano sancionador tome como referencia resoluciones de la Jurisdicción Civil en relación con cláusulas en esencia idénticas, como es el caso, con abundantísima reseña de sentencias del Orden Civil de ésta y otras Comunidades Autónomas, respecto de Caixabank, S.A. y entidades de crédito distintas, que han anulado, por abusiva, la misma comisión por reclamación de posiciones deudoras.

A las señaladas en la resolución sancionadora, y entre las más recientes de las dictadas en la Comunidad Autónoma Vasca, podemos añadir la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de 15 de febrero de 2016 (rec. de apelación nº 2346/2015), que dice:

"1.- Comisión por reclamación de cuotas impagada (anexo)

El art.10 LGDCU, vigente a la fecha de suscripción del contrato, establece que las condiciones que con carácter general se apliquen a la venta de productos deberán cumplir el requisito de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye los incrementos de precio por penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales.

La norma tercera de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela dispone en su apartado segundo que "No se tarificarán servicios u operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales" y en su apartado tercero que "Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos".

Por otra parte, la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011 (págs. 150-151) considera, en relación a la comisión de reclamación de posiciones deudoras, que desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, su adeudo solo puede ser posible si, además de aparecer recogido en el contrato, se acredita que: a) Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de dicho Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador); y b) Es única en la reclamación de un mismo saldo. Además, y como criterio adicional, se considera que su aplicación automática no constituye una buena práctica bancaria, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente. En efecto, solo cuando se analiza, caso por caso, la procedencia de llevar a cabo



cada reclamación, se justifica, bajo el principio de la buena fe, la realización de gestiones individualizadas de recuperación.

Sobre la abusividad de la citada cláusula ya se ha pronunciado esta Sala (entre otras, resoluciones de fechas 22 de abril de 2014 y 13 de marzo de 2015), declarando esta última: "En la cláusula se establece un recargo por parte de la entidad demandante, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte del prestatario y de reclamación de la misma, sin que en el momento de contratar se refleje ni se informe sobre el coste de una actuación concreta que la misma deba desarrollar en caso de que el prestatario se encuentre en posiciones deudoras, sino que se trata de una cuota fija a abonar por el solo hecho de recibir una reclamación, que la Caja puede formular mediante una simple llamada telefónica. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar un requerimiento notarial ni de contratar los servicios de un abogado para llevar a cabo una llamada o remitir una carta que los empleados de la actora pueden realizar dentro de sus funciones sin que tal actuación suponga un coste adicional en los salarios que la Caja deba afrontar.

Y además, la comisión por reclamación viene a suponer una sanción por la situación deudora añadida al recargo por intereses de mora.

A tenor de lo expuesto, es claro que la cláusula supone imponer al consumidor incumplidor una carga carente de fundamento, sin que la entidad bancaria haya acreditado la generación de coste alguno justificativo de la comisión pretendida, por lo que no cabe sino compartir la conclusión de la Juzgadora de instancia de declarar nula por abusiva la indicada cláusula".

Es de ver que esa declaración de nulidad viene precedida de un juicio abstracto de abusividad de la cláusula, que no ha de derivar exclusivamente, como defiende la actora, de su efectiva aplicación, ofreciendo el texto estipulado en los contratos de préstamo concernidos en este proceso, elementos bastantes para apreciar su carácter abusivo conforme a la normativa administrativa de protección de los consumidores y usuarios, como a continuación se razonará.

En este punto es obligado señalar que el auto nº 53/2015, de 2 de marzo, de la AP de Barcelona, no refrenda en modo alguno la tesis actora, dado que se dicta en incidente excepcional de oposición a la ejecución hipotecaria, excluyendo la cantidad reclamada por ese concepto, al no concurrir los presupuestos que la propia cláusula recoge para su aplicación, por tanto, sin necesidad de abordar su abusividad .

No son pocas las sentencias civiles y mercantiles que declaran la abusividad "en abstracto" de cláusulas referidas a comisiones por reclamación de recibos impagados, desde la perspectiva que imponen los artículos 80 y siguientes del RDL 1/2007 , que han de guiar el juicio de abusividad de los órganos competentes en materia de consumo; las últimas, sentencia nº 269/2016, de 7 de julio, de la Audiencia Provincial de Ourense (rec. de apelación nº 408/15) y sentencia nº 125/2016, de 11 de mayo, recurso de apelación nº 522/2015) de la Audiencia Provincial de Cadiz , ambas dictadas precisamente en relación con contratos de préstamo celebrados por Caixbank, S.A. Se declara en ésta:

"Comisiones por reclamación de recibos impagados.- En la demanda se reclama la cantidad de 72'12 euros en concepto de comisión por reclamación de recibos impagados a razón de 18'03 euros por cuota impagada a su vencimiento. Esta Sección en resoluciones anteriores ha considerado que el establecimiento de dicha comisión y por dicho importe, 18'03 euros por cada recibo impagado, es abusiva conforme a lo dispuesto en los artículos 85.6 y 87.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ; El art. 85.6 califica de abusivas las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. El art. 87.6 del mismo texto legal considera abusivas las cláusulas que impongan el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Con la fijación de una penalización por impago se está estableciendo la indemnización correspondiente a la entidad financiera, predisponente del contrato, para el caso de que el consumidor no cumpla regularmente la obligación asumida de reembolsar las cantidades dispuestas comprensivas de capital más interés remuneratorio y supone además la reclamación de cantidades por gastos no acreditados (...)".

Descendiendo al supuesto de autos, deviene forzoso concluir que el criterio sentado por las sentencias transcritas es aquí extrapolable en su integridad, habida cuenta que la cláusula a examen establece a cargo del consumidor una comisión por reclamación de impagados, incluso de mayor importe, 35 euros por cada cuota impagada a su vencimiento, sea cual sea la cantidad adeudada, a satisfacer tras la primera reclamación por escrito, que no se corresponde con un gasto efectivo de la entidad bancaria por esa suma, en palabras ya aludidas del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011, no justifica su devengo la simple



remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador, no estipulándose que la reclamación haya de efectuarse mediante la contratación de servicios externos (requerimiento notarial o intervención de letrado), con un coste adicional; esto es, prevé la cláusula, incluida en los modelos de contratos de préstamos con garantía hipotecaria predispuestos por Caixabank, S.A., el cobro de una cantidad fija, con independencia del importe a que asciende el impago, y por un servicio no prestado, que añade al cobro de los intereses moratorios generados por toda posición deudora, resultando así evidente su desproporción.

Sentado lo anterior, sostener, como lo hace Caixabank, S.A., que la cláusula cumple estrictamente con lo dispuesto en la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, y la Memoria de su Servicio de Reclamaciones de 2011, es alegato carente del menor rigor jurídico.

De ahí que la valoración por **Kontsumobide** de su inclusión en los contratos de préstamo como sancionable, en tanto que no negociada de forma individual comporta un importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de la entidad bancaria y los consumidores, resulte conforme a derecho, encontrando pleno encaje en la definición de cláusula abusiva del RDL 1/2007 -en la resolución sancionadora se incardina en los artículos 85.6, 87.6 y 89.5 de ese texto legal- en consonancia con las numerosas sentencias de los Tribunales civiles, a quienes corresponde la declaración de su nulidad, y así la han venido declarando respecto de la repetida comisión.

En similares términos se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de noviembre de 2015, que reproduce la jureza "a quo", ciertamente, sin proyectarla al caso enjuiciado.

En su refutación, soslaya el letrado recurrente las principales consideraciones que sustentan las declaraciones judiciales de abusividad de las cláusulas en cuestión, contraponiendo a lo que es prácticamente criterio unánime, el auto nº 385/2014 de 17 diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), que las reputa válidas, por la perfecta comprensión de su texto y por obedecer al principio de autonomía de la voluntad contractual.

Sin embargo, ni ese principio, ni la redacción de la cláusula en términos claros y comprensibles son suficientes para mantener su licitud, pues, no negociada de forma individual, requiere asimismo -en lo que ahora interesa- un control de abusividad, es decir, verificar si cumple el requisito de buena fe y justo equilibrio, al que se refiere el artículo 82 del RDL 172007, e impone además el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, del siguiente tenor:

"1. 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.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba".

Pues bien, en el invocado auto de 17 de diciembre de 2014, pese a referirse a esa Directiva, al examinar la cláusula relativa a la comisión por gestión de cobros impagados o reclamación de posiciones deudoras, no efectúa ningún examen de su abusividad, a diferencia de las sentencias del Orden Civil que seguimos en esta exposición, por consiguiente, no resulta útil para fundamentar la pretensión revocatoria de la sentencia apelada.

No está de más significar que la misma Sección 10ª de la AP de Madrid en sus últimas sentencias, en concreto, la fechada el 30 de marzo de 2016 (rec. de apelación nº 257/2016), con remisión al auto de 16 marzo de 2016 (rec. de apelación nº 92/2016) ha declarado abusiva la comisión por reclamación de posiciones deudoras, por no corresponder a contraprestación alguna, en la línea de lo indicado mayoritariamente por las Audiencias Provinciales.

Este motivo debe, en consecuencia, decaer.

SEXTO.- Y aboca al fracaso al último de los articulados, atinente a la infracción del principio de culpabilidad, en la medida en que la ausencia del elemento culpabilístico la infiere la sociedad apelante del cumplimiento



de la legalidad y los criterios tanto del Banco de España, como jurisprudenciales, a propósito de las cláusulas analizadas, que, como se ha visto, han sido abiertamente ignorados por la entidad bancaria.

Ha de repararse en que las aludidas Circular y Memoria del Banco de España datan, respectivamente, de 1990 y 2011, y que, como se recoge en la sentencia de la AP de Gipuzkoa, de la que nos hemos hecho eco, en 2014 y 2015 ya se había declarado por ese órgano judicial, la abusividad de la tales cláusulas; es más, se consigna en la resolución sancionadora, y no ha sido contradicho de adverso, que en esos años, son al menor tres las resoluciones civiles que anulan la comisión impuesta por Caixabank, S.A., pese a lo que ha persistido en su uso, lo que permite calificar su conducta contractual como inobservante rayana a negligente, y torna inoportuna la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre, que excluye la culpa por la inclusión en los contratos de préstamo hipotecario de la denominada cláusula de redondeo al alza, en general, en base a la existencia de dudas razonables acerca de su punibilidad, que no es el caso, habida cuenta de la abrumadora jurisprudencia civil que ha declarado la abusividad de la cláusula de comisión de reclamación por posiciones deudoras.

Corolario de lo argüido es la completa desestimación del presente recurso.

SÉPTIMO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, procede efectuar condena a la parte apelante sobre las costas devengadas en esta segunda instancia.

Y es por los anteriores fundamentos jurídicos por los que este Tribunal emite el siguiente

FALLO

CON DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 782 DE 2016, INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE CAIXABANK, S.A.. CONTRA LA SENTENCIA N° 92/2016 DICTADA EL 2 DE MAYO DE 2016 POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 2 DE VITORIA-GASTEIZ, EN EL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES N ° 66/2016, DEBEMOS:

PRIMERO: CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS LA SENTENCIA APELADA.

SEGUNDO: CON IMPOSICIÓN A LA PARTE APELANTE DEL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES DEVENGADAS EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE n° 162, de 6 de julio de 2016, asumidos por el Acuerdo de

3 de junio de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n° 4697 0000 01 0782 16, un **depósito de 50 euros** , debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 28 de diciembre de 2016.