



Roj: **SJCA 1744/2016** - ECLI: **ES:JCA:2016:1744**

Id Cendoj: **01059450022016100002**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **2**

Fecha: **28/12/2016**

Nº de Recurso: **152/2016**

Nº de Resolución: **268/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LEYRE URRETAVIZCAYA ARDANAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N° 268/2016

En VITORIA-GASTEIZ, a veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis.

La Sra. Dña. LEYRE URRETAVIZCAYA ARDANAZ, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de VITORIA-GASTEIZ ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 152/2016 y seguido por el procedimiento, en el que se impugna: ORDEN DEL CONSEJERO DE SALUD DE 12.02.16 POR LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 21.10.15 DEL DIRECTOR DE INSTITUTO VASCO DE CONSUMO RECAÍDA EN EXPEDIENTE SANCIONADOR 01/A001/21/2015 POR LA QUE SE ACORDABA LA IMPOSICIÓN DE UNA SANCIÓN DE MULTA DE 30.000 EUROS POR SUPUESTA COMISIÓN DE UNA INFRACCIÓN GRAVE EN MATERIA DE CONSUMO.

Son partes en dicho recurso: como recurrente BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, representado por la procuradora SOLEDAD CARRANCEJA DIEZ dirigido por el Letrado RAFAEL CASTELLANO LASA; como demandada **KONTSUMOBIDE** INSTITUTO VASCO DEL CONSUMO, representado/a y dirigido/a por el/la letrado/a del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el presente contencioso se impugna la resolución administrativa arriba identificada, según los fundamentos que posteriormente serán objeto de estudio.

SEGUNDO.- La representación procesal de la parte demandada se opone a todo ello sustentando la legalidad del acuerdo impugnado, siguiendo la línea marcada por la resolución combatida en vía administrativa y en atención a las razones que da en el acto del juicio, que constan a disposición de las partes y analizaremos a continuación. La cuantía del procedimiento quedó fijada en 30.000 €.

TERCERO.- En la tramitación del presente, procedimiento se han observado las prescripciones legales correspondientes, excepto el plazo para dictar sentencia debido a la carga de trabajo que soporta este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

I. Objeto del procedimiento

PRIMERO.- Acto administrativo impugnado.

Constituye el objeto del presente procedimiento la Orden del Consejero de Salud de 12/02/2016 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 21/10/2015 del Director de **KONTSUMOBIDE**/INSTITUTO VASCO DE CONSUMO recaída en el expediente sancionador 01/A001/21/2015 por la que se acordaba la imposición a la mercantil "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA." de una sanción de 30.000 € por la comisión de una infracción grave en materia de consumo por incumplimiento de



lo previsto en el tipo infractor recogido 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 , 87.6 y 89.5 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.

II. Pretensiones de las partes

SEGUNDO.- Pretensiones del actor.

La parte actora interpone recurso contencioso administrativo frente a la citada resolución solicitando se dicte sentencia por la que se declare contrario a derecho el acto administrativo impugnado. En justificación de su pretensión la parte actora resumidamente alega:

1. Falta de competencia de **Kontsumobide** para declarar abusiva la cláusula. Necesidad de una previa declaración judicial firme de abusividad por los Juzgados de lo Mercantil al analizar una acción de cesación.
2. La cláusula sobre la comisión o gasto de reclamación de posiciones deudoras no constituye una cláusula abusiva.
3. La cláusula sobre la comisión o gasto de reclamación de posiciones deudoras no constituye una cláusula abusiva ni siquiera relacionándola las cláusulas de gastos o intereses de demora.
4. Inexistencia de la infracción
5. Aplicación extensiva del tipo vedada por el derecho administrativo sancionador.

TERCERO.- Oposición de la Administración.

La Administración demandada se opone al recurso de conformidad con las razones que expone en el acto del juicio y a las que nos remitimos en aras a evitar reproducciones innecesarias.

CUARTO.-Análisis del recurso.

Tal y como ya hemos adelantado el presente recurso tiene por objeto la Orden del Consejero de Salud de 12/02/2016 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 21/10/2015 del Director de **KONTSUMOBIDE**/INSTITUTO VASCO DE CONSUMO recaída en el expediente sancionador 01/A001/21/2015 por la que se acordaba la imposición a la mercantil "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA." de una sanción de 30.000 € por la comisión de una infracción grave en materia de consumo por incumplimiento de lo previsto en el tipo infractor recogido 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 , 87.6 y 89.5 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, todo ello en relación con la inclusión en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria (Estipulación 4.4) otorgados por la entidad de la denominada cláusula de comisión de posiciones deudoras que prevé que "La reclamación por el Banco a la parte prestataria por débitos vencidos e impagados devengará una comisión por gestión de 30 euros por cada recibo impagado, que se hará efectiva por la parte prestataria en el momento del pago de los débitos previamente reclamados, sin perjuicio de la repercusión a la parte prestataria de los gastos y costes originados por su incumplimiento conforme a lo pactado en la cláusula siguiente". A su vez, la estipulación 5 prevé: " Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, a excepción de las costas judiciales cuyo pago será de quien determinen los jueces y tribunales en el correspondiente procedimiento, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía hipotecaria y de otras garantías, incluso los afianzamientos personales prestados por terceros, que en el futuro acuerden en aseguramiento de todas las obligaciones que se deriven de este contrato, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en esta escritura."

La parte actora considera que la potestad sancionadora de la administración demandada en materia de consumo solo puede llevarse a cabo una vez declarada, por parte de los órganos jurisdiccionales competentes, a su juicio por los Juzgados de lo Mercantil tras el ejercicio de la acción de cesación, la abusividad de la cláusula contractual que haya generado la incoación del Expediente. Esta cuestión ya fue objeto de análisis en la Sentencia dictada por este Juzgado nº 92/2016 de 2 de mayo de 2016 en el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales en la que ya se expresaba:

"En primer término debe consignarse que el Estatuto de Autonomía del País Vasco aprobado por Ley Orgánica 3/1979 de 18 de diciembre prevé en su artículo 10.28 que constituye competencia exclusiva de la Comunidad



Autónoma la defensa del consumidor y usuario. Por su parte, el artículo 47.3 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre dispone que 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 y usuarios. En este sentido, actualmente se encuentra vigente la Ley de Parlamento Vasco 6/2003 de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de las Personas Consumidores y Usuarios. La parte actora estima que no es posible que por la administración competente en materia de consumo se acuda al procedimiento administrativo sancionador sin que exista una previa declaración de abusividad por el orden jurisdiccional competente civil o mercantil, estimando que procede la suspensión del presente procedimiento en tanto en cuanto la Jurisdicción competente no se pronuncie sobre el particular cuestionado. Disintiendo de los motivos aludidos por la parte actora en justificación de su pretensión, en el caso de autos ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ni al principio de tipicidad se ha producido, debiendo consignar que, en primer término, el artículo 4.1 LJCA dispone que 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 y en segundo término que la **KONTSUMOBIDE** en el caso que nos ocupa se halla legitimada para verificar la concurrencia de los elementos integrantes de la infracción legalmente tipificada, que no es otra que la inclusión de cláusulas abusivas integradas en los contratos celebrados con consumidores. Asimismo, se asume íntegramente la doctrina sentada, entre otras, en las Sentencias parcialmente consignadas por la administración demandada de las que a título de ejemplo destacamos:

STSJ Madrid, Sección 9ª, de 06/06/2006 :

"Sin embargo, tales alegaciones no pueden prosperar pues, como ya señaló esta misma Sección en Sentencia de 4 de marzo de 2004 , 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, corrió 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".

Este mismo criterio ha sido sostenido por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo nº 1 y 3 de esta plaza, así, en sus Sentencias de 30/06/2016 y 01/09/2016 , respectivamente.

En el acto del juicio, la representación procesal de la parte recurrente aportó las Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Sugmandsgaard en el Asunto C-119/15 , conforme a las cuales interpreta que la Administración no puede sancionar sobre la base de una sanción similar o idéntica, cuando se ha inscrito una cláusula abusiva en el Registro General y en dicho procedimiento no ha participado la entidad correspondiente. Y así, apunta a la Conclusión final: "La Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 2013 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con los artículos 1 y 2 de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y con, el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ha de interpretarse en el sentido que se opone a una normativa nacional que prevé la imposición de una multa al profesional que utiliza, en sus contratos con consumidores, cláusulas de condiciones generales consideradas parecidas a las cláusulas que ya han sido declaradas abusivas e incluidas, como tales, en un registro público, pese a que dicho profesional no haya participado en el procedimiento en el que se declaró el carácter abusivo de las cláusulas incluidas en el registro".

Ello no obstante, recientemente y discrepando con las conclusiones del Abogado General ha sido dictada Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de diciembre de 2016 en el asunto C-119/15 que responde a dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Apelación de Varsovia, Polonia,



resultando que la primera, parcialmente relacionada con el caso que nos ocupa responde al siguiente tenor literal:

"1) A la luz de los artículos 6, apartado 1, y 7, de la [Directiva 93/13], en relación con los artículos 1 y 2 de la [Directiva 2009/22], ¿puede considerarse que el uso, en las condiciones generales de la contratación, de cláusulas que, en cuanto a su contenido, son idénticas a cláusulas que han sido declaradas ilícitas mediante sentencia firme e incluidas en el registro de cláusulas de condiciones generales declaradas ilícitas, en lo que se refiere a un profesional que no participó en el procedimiento que terminó con la inclusión en el registro de cláusulas de condiciones generales declaradas ilícitas, es un acto contrario a Derecho que constituye, a la luz del Derecho nacional, un comportamiento que lesiona los intereses colectivos de los consumidores, por lo que se le puede imponer una multa en un procedimiento administrativo nacional.

Especial consideración merecen los fundamentos que se expresan:

28 Procede recordar, por lo demás, que, según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información (sentencia de 29 de octubre de 2015, BBVA, C-8/14, EU:C:2015:731, apartado 17 y jurisprudencia citada).

29 Habida cuenta de esa situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 establece que las cláusulas abusivas no vinculan a los consumidores. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia de 29 de octubre de 2015, BBVA, C-8/14, EU:C:2015:731, apartado 18 y jurisprudencia citada).

30 Asimismo, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en la referida situación de inferioridad, el artículo 7, apartado 1, de dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30 y jurisprudencia citada).

Concluye la Sentencia en los siguientes términos en lo que respecta a la primera cuestión prejudicial planteada:

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7 de la Directiva 93/13, en relación con los artículos 1 y 2 de la Directiva 2009/22, y a la luz del artículo 47 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que la utilización de cláusulas de condiciones generales cuyo contenido sea equivalente al de cláusulas declaradas ilícitas mediante una resolución jurisdiccional firme e inscritas en un registro nacional de cláusulas de condiciones generales declaradas ilícitas se considere, en relación con un profesional que no participó en el procedimiento que desembocó en la inscripción de esas cláusulas en dicho registro, como un comportamiento ilícito, a condición, lo cual corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, de que ese profesional goce de un derecho a la tutela judicial efectiva que le permita recurrir tanto contra la resolución que admita la equivalencia de las cláusulas comparadas en lo que atañe a la cuestión de si, habida cuenta del conjunto de circunstancias pertinentes propias de cada caso, tales cláusulas son materialmente idénticas, atendiendo en particular a sus efectos en detrimento de los consumidores, como contra la resolución que fije, en su caso, el importe de la multa impuesta.

En atención a lo expuesto, debiendo ajustarse la interpretación de la normativa nacional a la jurisprudencia sentada por el TJUE, se estima que las conclusiones del Abogado General en las que BBVA respaldaba igualmente su tesis no han sido acogidas finalmente en la Sentencia y que los razonamientos efectuados, específicamente aplicables al derecho polaco, no contradicen la doctrina precedentemente expuesta, que legitima a las autoridades de consumo a sancionar por el empleo de cláusulas abusivas y a los Juzgados del orden jurisdiccional contencioso administrativo a fiscalizar dichas actuaciones con el fin de verificar si concurren los elementos de la conducta sancionada.

Corolario de lo expuesto es la desestimación del primer motivo de impugnación

QUINTO.- El segundo motivo de impugnación se anuda a la denunciada infracción del principio de tipicidad por cuanto BBVA estima que la cláusula que regula la comisión o gasto de reclamación de posiciones deudoras recogida en los préstamos hipotecarios de la entidad es válida y no contraviene precepto legal alguno. Añade, en apoyo de diversas resoluciones judiciales que cita, que la cláusula discutida en el caso concreto cumple con los requisitos establecidos por Banco de España y Tribunales para su cobro: su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor. La cláusula habla de "La reclamación por el banco..." y establece "...se hará efectiva...en el momento del pago de los débitos



previamente reclamados", esto es, precisa la reclamación previa. Es única en la reclamación de un mismo saldo y su cuantía es igualmente única. De igual modo aduce que la cláusula sobre la comisión o gasto de reclamación de posiciones deudoras no constituye una cláusula abusiva ni siquiera relacionándola con las cláusulas de gastos o intereses de demora anuladas por la STS 705/2015, de 23 de diciembre. Explica que en el sentido expuesto no puede considerarse abusiva la cláusula de reclamación de posiciones deudoras por su relación con esas otras cláusulas porque ya no hay cláusula de intereses moratorios ni cláusula de gastos.

Sobre el extremo reseñado se pronunció igualmente este Juzgado en Sentencia 92/2016 razonando como sigue:

"Sin perjuicio de que lo razonado en el fundamento jurídico precedente conduce directamente al fracaso de este segundo motivo de impugnación, lo cierto es que la afirmación sostenida por la parte recurrente carece de rigor y ello en atención a los múltiples pronunciamientos judiciales que en el orden jurisdiccional civil se han pronunciado sobre su abusividad pudiendo consignar, entre otras muchas:

SAP Madrid, 26 de noviembre de 2015 :

"El carácter abusivo de una cláusula contractual hay que vincularlo con el concepto de cláusula abusiva que nos da el artículo 82.1 del 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, a tenor del cual

Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas 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.

En primer lugar, es posible el control de abusividad de esta cláusula porque la misma no define el objeto principal del contrato ni se refiere a la adecuación entre el precio y el servicio o bien, sino que regula un aspecto accesorio o secundario, como es la cantidad a pagar por el prestatario en caso de impago de alguna cuota, esto es, aparece vinculada al incumplimiento. Por ello no se ve impedido ese control por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, que solo prevé el control de transparencia (que se redacten de manera clara y comprensible) sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o que se refieran a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra.

En segundo lugar, no se comparte que la comisión en cuestión se adapte a lo previsto en la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, pues no responde a ningún servicio efectivamente prestado, como no parece ser dudoso; y en cuanto a que responda a "gastos habidos", no se demuestra por Santander Consumer que gastos sufre por el impago de una cuota que justifiquen el cobro de esa comisión. Y no basta al respecto reiterar (alegar) que sufre gastos, pues la afirmación de los mismos no equivale a su prueba. Es más, su remisión, para probar la realidad de esos gastos, a las gestiones extrajudiciales a que se refiere la demanda más bien prueba la inexistencia de tales gastos, dado que la invocación de esas gestiones extrajudiciales es una cláusula de estilo de frecuente invocación por todo demandante, sin que en este caso se pruebe la realidad de ninguna gestión, pero sobre todo, sin que se pruebe que esas "gestiones" suponen "gastos" derivados del impago de las cuotas; además, resulta contradictorio asimilar unos gastos que se producen supuestamente con el impago de cada cuota (que dan lugar a la comisión de devolución, según Santander Consumer) con unas genéricas gestiones extrajudiciales que serían aplicables a toda la deuda reclamada, y desde luego no se sabe (ni se prueba) qué gastos causarían esas gestiones ni consta el carácter necesario de tales gastos por el mero hecho del impago de cuotas.

En tercer lugar, y con independencia de si se cumplen los requisitos de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, lo que da lugar a la abusividad de la comisión por devolución es la causación, en perjuicio del consumidor, de un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. El impago de una cuota lleva asociado, no solo el devengo de intereses de demora, sino también el pago de una cantidad en concepto de comisión que no responde a ningún gasto acreditado que sufra la entidad prestamista, que ya ve compensado el incumplimiento con el cobro del interés moratorio. Una segunda consecuencia desfavorable para el consumidor por el mismo impago aparece desprovista de justificación, sin que Santander Consumer haya acertado a precisar ni a probar en este proceso cuáles son esas supuestas "consecuencias negativas o costes evidentes" que le causa el impago de cada cuota y no quedan compensados con la percepción de un interés de demora.

Consecuencia de lo expuesto, se considera abusiva la cláusula contractual que establece la comisión por devolución descrita anteriormente. Por ello, dicha cláusula es nula de pleno derecho y se tiene por no puesta



(artículo 83 del Texto Refundido de la LGDCU , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), desestimándose el recurso en este aspecto."

El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastian en Sentencia 73/2016 , 2 de mayo sostiene de igual modo la abusividad de la cláusula analizada con remisión a otros pronunciamientos judiciales de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa:

"La demanda sostiene que no se ajusta a la normativa bancaria por no dar respuesta a un servicio solicitado por el cliente, y de establecerse como penalización, la reputa desproporcionada. Kutxabank sostiene que se ajusta a la normativa, responde al servicio de reclamación prestado e informó de la misma a los prestatarios.

La normativa bancaria a tener en cuenta en la fecha de la contratación sobre esta materia es la siguiente:

- La Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (derogada por la OM 2899/2011). El apartado quinto de su primer capítulo decía:

"Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que estas fijen libremente.

No obstante, las entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional de singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo.

En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el oliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos".

- La Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. La norma tercera en su apartado tercero dispone:

3. Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente.

La cláusula establece una comisión por la reclamación de toda posición deudora creada por el prestatario dirigida a cubrir los gastos o costes que la misma ocasiona a la entidad. Considero por ello que no puede decirse que se trate de un servicio no aceptado o solicitado por el consumidor y que tiene su razón de ser en la necesidad de reclamar en caso de impago y por el gasto que ello puede comportar.

Sin embargo, se aprecia la abusividad de esta cláusula a la vista de que en el momento de la adhesión al contrato se firma el cobro de la cantidad de 15 euros por cada reclamación de posición deudora sin especificar el importe de la cantidad adeudada y sin que se haga referencia al importe que supone la reclamación a la entidad. De manera que se transforma en una especie de penalización por el impago al que el deudor debe hacer frente al margen de los intereses de demora. No permite que el prestatario conozca qué tipo de deuda, al menos su importe mínimo, dará lugar a la posibilidad de reclamar con la consiguiente comisión, lo que no cumple con la necesidad de que se dote de información transparente al consumidor antes de la firma que exige el artículo 5 de la Directiva (Sentencia TJUE Caso Constructora Principado).

La cláusula no exige que la reclamación deba hacerse por una vía concreta que justifique el importe por su coste y además se fija en 15 euros para todo el contrato, cuando su duración es de 40 años (cláusula segunda) y el coste, que, en principio justificaría una comisión, varía.

Considero que se trata de una cláusula abusiva por cuanto opera de modo automático con ocasión de cada reclamación por parte de la entidad sin necesidad de demostrar que para la misma se ha incurrido en un gasto, ni en su caso el importe alcanzado por el mismo. Ello genera un desequilibrio entre las posiciones de las partes en el contrato que coloca a la parte prestamista y por derivación, a la fiadora, en una situación perjudicial, lo cual ha de ser reputado abusivo de conformidad con el artículo 3 de la Directiva y el artículo 82 del TRLGDCU

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cláusulas similares, se cita la Sentencia de la Sección Segunda 99/2015, de 20 de abril en la que la abusividad se argumenta en términos semejantes a los expuestos:



"En la cláusula se establece un recargo por parte de la entidad demandante, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte de la prestataria 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 demandada 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.

Es patente que tal cláusula perjudica al consumidor, concurriendo las condiciones exigidas por el art. 10 bis de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, en la redacción vigente al tiempo de establecerse, para declarar nula por abusiva la indicada cláusula".

Por ello, se declara la nulidad por razón de abusividad del segundo párrafo de la cláusula cuarta del contrato."

Aplicando las consideraciones consignadas al caso que nos ocupa, procede desestimar los motivos de impugnación segundo y tercero del recurso y ello por cuanto por lo que respecta al tercer motivo en el supuesto aludido por la parte recurrente relativo a la declaración de abusividad de los intereses de demora y su expulsión del contrato se analiza un supuesto concreto de nulidad por imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al deudor que no cumple con sus obligaciones, pero ello no imposibilita la subsistencia de estipulaciones que mantengan dichos intereses si no se incurre en el mencionado desequilibrio y no superen tres veces el interés legal del dinero.

SEXTO.- Finalmente, debe ser objeto de análisis la invocada inexistencia de la infracción y aplicación extensiva del tipo vedada por el procedimiento sancionador. Así se esgrime que la cláusula no "limita o vulnera los derechos reconocidos" a los consumidores, argumento que de modo alguno puede ser acogido por cuanto, tal y como pone de manifiesto el Gobierno Vasco, la cláusula en cuestión se traduce en un perjuicio económico para el consumidor que resulta afectado patrimonialmente, por lo que resultan afectados los intereses económicos del consumidor que se encuentran protegidos por las normas de consumo. De igual modo, hemos de precisar que la cláusula analizada puede perfectamente incardinarse en las denominadas cláusulas abusivas "típicas" por cuanto se encuentra específicamente enumerada en el artículo 87.6 del TRLGDCU, que declara abusiva la fijación de una indemnización que no se corresponden con los daños efectivamente causados. Asimismo, y respecto de la aplicación extensiva del tipo infractor se invoca las consideraciones contenidas en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Vitoria-Gasteiz en Sentencia 145/2016 "... los Tribunales, como hemos señalado previamente, han considerado además el carácter abusivo de la cláusula controvertida, sin que sea de aplicación la doctrina invocada de la STS de 24 de noviembre de 2009 (cláusula de redondeo al alza), pues en el caso que nos ocupa no concurren las dudas que constituyen la base del citado pronunciamiento.

Finalmente, procede consignar que el principio de culpabilidad constituye un elemento básico a la hora de calificar la conducta de una persona como sancionable, es decir, es un elemento esencial en todo ilícito administrativo, y es un principio que opera no sólo a la hora de analizar la conducta determinante de la infracción, sino también sobre las circunstancias agravantes. Sin embargo, tal y como ha declarado la jurisprudencia, conforme el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, vigente en la tramitación del expediente, no se requiere un dolo específico, deliberado o mala fe, sino que basta que exista negligencia, inobservancia de las precauciones exigibles o ignorancia inexcusable, y así lo tiene declarado numerosa jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, 1 de abril de 1998 y 1 de abril de 2008)" pudiendo constatarse que conforme a lo ya razonado resulta innegable que la mercantil no ha observado el régimen especial tuitivo de consumidores y usuarios.

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

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 81 esta resolución es FIRME y no cabe interponer frente a ella recurso ordinario alguno.

FALLO



Debo DESESTIMAR y DESESTIMO el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D.^ª Soledad Carranceja Diez contra la Orden del Consejero de Salud de 12/02/2016 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 21/10/2015 del Director de **KONTSUMOBIDE**/INSTITUTO VASCO DE CONSUMO recaída en el expediente sancionador 01/A001/21/2015 por la que se acordaba la imposición a la mercantil "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA." de una sanción de 30.000 € por la comisión de una infracción grave en materia de consumo por incumplimiento de lo previsto en el tipo infractor recogido en el artículo 50.4.g) de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías en relación con los artículos 82 , 85.6 , 87.6 y 89.5 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, declarando la misma ajustada a derecho.

Conforme el artículo 139 LJCA procede imponer las costas a la parte actora.

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 la Ilma. Sra. MAGISTRADO que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.