Roj: **SJCA 1139/2016** - ECLI: **ES:JCA:2016:1139**

Id Cendoj: **01059450012016100001**
Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**
Sede: **Vitoria-Gasteiz**
Sección: **1**
Fecha: **30/06/2016**
Nº de Recurso: **123/2016**
Nº de Resolución: **145/2016**
Procedimiento: **CONTENCIOSO**
Ponente: **CARLOS MARIA COELLO MARTIN**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

S E N T E N C I A Nº 145/2016

En VITORIA - GASTEIZ, a treinta de junio de dos mil dieciséis.

El Sr. D. CARLOS COELLO MARTÍN, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de VITORIA - GASTEIZ ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 123/2016 y seguido por el procedimiento ABREVIADO, en el que se impugna: RESOLUCION DESESTIMATORIA DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR LA DEMANDANTE CONTRA LA RESOLUCION DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR Nº 01 A 001- 17-2015, EN VIRTUD DE LA CUAL SE ACUERDA IMPONER LA SANCIÓN DE MULTA POR IMPORTE DE 30.000 EUROS, COMO CONSECUENCIA DE LA PRESUNTA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN PREVISTA EN EL ARTICULO 50.4 DE LA LEY 6/2003, DE 22 DE DICIEMBRE, DEL ESTATUTO DE LAS PERSONAS CONSUMIDORAS Y USUARIAS.

Son partes en dicho recurso: como *recurrente* **CAIXABANK S.A.** ,representado por el procurador **LUIS PEREZ AVILA PINEDO**; como *demandada* **KONTSUMOBIDE INSTITUTO VASCO DEL CONSUMO,** representado y dirigido por el letrado de su Asesoría Juridica.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador **Sr. PÉREZ ÁVILA** actuando en nombre y representación de **CAIXABANK S.A.** se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la **Resolución desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por la actora contra la resolución sancionadora en virtud de la cual se acuerda imponer a mi representada la sanción de multa por importe de 30.000 euros como consecuencia de la comisión de la infracción prevista en el artículo 50.4 de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre del Estatuto de las Personas consumidoras y Usuarias.**

2.- La actora interesó en el **TERCER OTROSÍ** de su escrito de demanda del 4 de abril de 2016 que se fallare sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco vista

SEGUNDO .- Turnado que fue correspondió a este Juzgado incoándose el ***procedimiento abreviado 123/2016*** .

TERCERO. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La representación de la Administración demandada contestó a la demanda en escrito del 30 de mayo de 2016 y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que a su interés pluguió interesó que se dictara Sentencia por la que se desestimara el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

A los efectos de lo previsto en el nº 3 del artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se declaran los siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- DEL OBJETO DEL RECURSO

1.- La mercantil accionante impugna la Resolución del organismo *Kontsumobide* de 1 de octubre de 2015, por la que se imponen a la sociedad accionante una sanción de multa de 30.000 euros por la comisión de una infracción grave en materia de consumo, contemplada en el art. 50.4 g) de la ley 6/2003, de 22 de diciembre, del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias, por 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 por las disposiciones que resulten aplicables*".

2.- La cláusula a la que se refiere la sanción se incluye dentro de las denominadas

" *comisión de posiciones deudoras*".

2.1.- La citada cláusula establece: " *comisión de gestión de reclamación de impagados de TREINTA Y CINCO EUROS (35'00 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*** *".*

SEGUNDO.- PRETENSIÓN DE LA ACTORA.

1.- La actora interesa, en su escrito de demanda la estimación del recurso y la anulación de la resolución impugnada, en la medida, se dice, que " *vulneran los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 24 y 25 de la CE en perjuicio de mi representada."*

TERCERO.- PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN DE DERECHOSFUNDAMENTALES

1.- La firma accionante promovió por el cauce del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales la impugnación de las citadas resoluciones sancionadoras de **KONSTUMOBIDE**, recurso que fue desestimado en primera instancia por la Sentencia 92/2016 de 2 de mayo del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de esta plaza dictada en los Autos del procedimiento especial 66/2016 según ha alegado, en su escrito de contestación a la demanda, la representación procesal de la administración demandada.

CUARTO.- MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN.

1.- La actora funda su recurso en los siguientes motivos de impugnación: 1) que la declaración de la abusividad de una cláusula que constituye uno de los elementos típicos esenciales de la infracción corresponde únicamente a órganos judiciales del orden civil por lo que, se sostiene que toda autoridad de consumo precisa como requisito una resolución judicial del orden civil que determine el carácter abusivo de una cláusula concreta que ha motivado la incoación del expediente sancionador del artículo 83 del TRLDCU de 2007, de lo contrario se estaría vulnerando el principio de tipicidad previsto en el artículo 25 del Texto Constitucional y la presunción de inocencia que ampara a mi representada del artículo 24 de la CE por lo que cabe predicar la nulidad de pleno derecho de amas resoluciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1 a) de la LPAC.

2.- En segundo lugar, y anudado con el anterior, alega la actora que las resoluciones combatidas han infringido el principio de tipicidad reconocido como derecho fundamental y susceptible de amparo constitucional, en cuanto que no existe una declaración judicial firme de los órganos competentes que "determine el carácter abusivo de las cláusulas que han dado lugar a la incoación del expediente sancionador por lo que falta un elemento esencial de la conducta típica del artículo 50.4 g) de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre del *Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias* .

***QUINTO.- SOBRE EL PRIMER MOTIVO DE IMPUGNACIÓN*: LA RESOLUCIÓN INCURRE EN INCOMPETENCIA OBJETIVA POR RAZÓN DE LA MATERIA. LA COMPETENCIA PARA DECLARAR UNA CLÁUSULA ABUSIVA CORRESPONDE AL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL.**

1.- Sostiene la actora de modo principal que la Administración sancionadora incurre en incompetencia objetiva por razón de la materia dado que la competencia para declarar una cláusula abusiva corresponde al orden jurisdiccional civil, pero sostiene que, " *a fin de garantizar el correcto cumplimiento del principio de seguridad jurídica y de la presunción de inocencia, reconocido en los artículos 9 y 24 de la Constitución , respectivamente, esta potestad sancionadora tan solo puede llevarse a cabo una vez declarada por parte de los órganos jurisdiccionales competentes la abusividad de la cláusula contractual que haya generado la incoación del expediente*", por lo que inexistente el presupuesto de la declaración judicial civil se está infringiendo, además, el principio de tipicidad del artículo 25 de la CE de 1978.

1.1.- La cláusula controvertida establece que: *"comisión de gestión de reclamación de impagados de TREINTA Y CINCO EUROS (35'00 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".*

2.- Aduce la actora que esa infracción del principio de tipicidad se produce al sancionar por la inclusión de una cláusula supuestamente abusiva en el clausulado del préstamo con garantía hipotecaria cuando no ha habido previo pronunciamiento sobre su naturaleza por el orden civil competencia (con expresa invocación de la STSJ Andalucía de 2 de junio de 2015, dictada en el recurso 496/2014).

2.1.- Subraya la entidad accionante, que la " *declaración de la abusividad de una cláusula que constituye uno de los elementos típicos esenciales de la infracción*" imputada y por la que ha sido sancionada la recurrente, " *corresponde única y exclusivamente a órganos judiciales del orden civil*". Añade que la " *cláusula que ha dado lugar a la incoación del presente expediente sancionador no ha sido declarada abusiva por ningún órgano jurisdiccional civil o mercantil con competencia para ello*", por lo que para la imposición de la sanción es requisito la previa declaración del carácter abusivo de la misma realizado por la jurisdicción civil competente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del TRLGDCU, como ha señalado la jurisprudencia menor que cita (STJCyLM 587/2011 de 12 de septiembre, STSJA 54/2012 de 23 de enero, SJCA número 1 Jaén de 22 de mayo. STJA - Sede Sevilla- de 2 de junio de 2015).

2.2.- Sostiene la recurrente que no se discute la competencia del IVC para la imposición de sanciones por la introducción de cláusulas abusivas en sus contratos, pero cuestión distinta es que pueda calificar el carácter abusivo de la misma sin la previa declaración del orden civil, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 81 del TRLGDCU. Subraya que no es competente el IVC para declarar o sancionar por la inclusión de una cláusula abusiva sin que previamente se haya declarado y calificado por la jurisdicción civil, sin la que ha de apreciarse la " *falta del elemento típico de la abusividad de los cláusulas*".

2.3.- La actora en apoyo de su interpretación cita determinados pasajes doctrinales (LOZANO CUTANDA), como interpretación *a fortiori* de la imposibilidad de sancionar salvo que previamente haya sido declarada esa concreta cláusula como abusiva, a salvo la vulneración del principio de tipicidad consagrado en el artículo 25 en relación con el artículo 24 de la CE de 1978 por lo que las resoluciones impugnadas incurren en nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 a) de la LPAC.

SEXTO.- SOBRE EL SEGUNDO MOTIVO DE IMPUGNACIÓN. LA RESOLUCIÓNVULNERA DERECHOS FUNDAMENTALES. INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD.

1.- Anudado con el motivo anterior la sociedad accionante articula un segundo motivo de recurso sobre la base, se dice, de la infracción del principio de tipicidad del artículo 25 de la CE de 1978. El vórtice argumental se itera: dado que no existe una declaración judicial firme por el orden civil competente que determine el carácter abusivo de las cláusulas que han dado lugar a la incoación del expediente sancionador, " *falta un elemento esencial de la conducta típica del artículo 50.4 g) de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias que no es otro que el carácter abusivo de la cláusula*".

1.1.- Concreta esta impugnación señalando que dicha declaración judicial no ha de referirse a una " *tipología de cláusula o de una cláusula que pueda resultar- a juicio de esta Administración- asimilable a la que se encuentran en los contratos que han motivado la incoación del expediente sancionador"*- sino que lo que " *se requiere para la concurrencia del carácter abusivo de la cláusula es la declaración judicial de dicha cláusula en concreto- es decir de la cláusula concreta contenida en los contratos de préstamo hipotecario que han sido objeto de análisis por parte de la administración*".

1.1.1.- Una declaración de ese tenor y naturaleza, recalca la representación de la firma accionante, no se ha producido, por lo que la imposición de la sanción combatida por la introducción de cláusulas abusivas en 7 contratos de préstamo hipotecario que fueron aportados por CAIXABANK al IVC- conlleva una infracción flagrante del principio de tipicidad reconocido en el artículo 25 de la CE así como de la presunción de inocencia que ampara a mi representada y que se encuentra reconocida en el artículo 24 de la CE".

2.- En segundo término, dentro de este motivo de impugnación, señala la actora que la sanción imputa a la cláusula citada la infracción de los artículos 82, 85.6 y 87.6 del TRLGCDU, sin que la Administración haya " *concretado qué derechos de los consumidores o usuarios entiende limitados como consecuencia de la cláusula de "comisión de gestión de reclamación de impagados*".

2.1.- Alega la actora que la regulación del artículo 87 del TRLGDCU, relativo al carácter abusivo de las cláusulas por falta de reciprocidad exige justificar que derechos de los consumidores y usuarios pueden " *quedar limitados como consecuencia de la cláusula*", dado que no se reconoce con carácter general a los " *consumidores o usuarios contratantes un derecho universal al impago que pueda quedar limitado con la aplicación de dicha cláusula*".

2.2.- Aduce que tampoco concurre el supuesto del artículo 85.6 del TRLGDCU toda vez que la " *desproporción*" de la indemnización prevista debe valorarse en todo caso en función con el grado de incumplimiento o con el importe de las cuotas impagas y previstas en los contratos de préstamo hipotecario, circunstancias que

deberían ser valoradas caso por caso y respecto de las cuales la Administración no ha hecho referencia alguna", sin que se justifique donde se produce la limitación de los derechos de los consumidores, " *que no tan solo se concreta cuáles resultan los derechos objeto de limitación*", en clara infracción del principio de tipicidad.

SÉPTIMO.- SOBRE EL TERCER MOTIVO DE IMPUGNACIÓN. LAS CLÁUSULAS DECOMISIÓN DE RECLAMACIÓN DE IMPAGADOS NO RESULTAN ABUSIVAS PER SE.

1.- Sostiene la actora que las cláusulas contractuales por las que se impone una comisión de gestión de reclamaciones en caso de impagos no resulta per se abusiva, sino que, a tenor de la jurisprudencia, " *su eventual carácter abusivo deberá valorarse en función de la concurrencia de distintas circunstancias a las que poca atención ha prestado la administración demandada*".

1.1.- Señala la recurrente que la jurisprudencia ha declarado la " *validez de la cláusula siempre que la misma sea redactada en términos claros y comprensibles y siempre que su aplicación resulte conforme lo establecido en la Circular del Banco de España 8/1990 de 7 de septiembre, sobre Transparencia de las Operaciones y Protección de la clientela"*, con expresa cita de diversos pronunciamientos jurisprudenciales (AAP de Madrid 385/2014 de 17 de diciembre). Por tanto, teniendo en cuenta esta jurisprudencia y el tenor literal de la cláusula y comprensibilidad de la misma, debe negarse rotundamente su carácter abusivo", y " *ello en la medida que el redactado de dicha cláusula no puede generar dudas razonables respecto de las implicaciones y consecuencias de la aplicabilidad de la cláusula, ni respecto del contenido de la misma*".

1.1.- En ese orden de cosas añade la recurrente que la misma cumple con lo dispuesto en la Circular del Banco de España 8/1990 de 7 de septiembre, singularmente en lo estipulado por su Norma Tercera, que exige que tales comisiones respondan a " *servicios efectivamente prestados o gastos habidos*" y que " *en ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente*".

1.2.- Según la recurrente, con expresa invocación de la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011, era " *valida su aplicabilidad siempre que dicha comisión se encontrara contractualmente prevista y siempre que su devengo estuviera vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor*".

1.3.- Así la actora invoca el Auto 53/2015 de 2 de marzo de la AP de Barcelona que se ha pronunciado en contra del carácter abusivo per se de la citada cláusula que tan solo podrá reputarse abusiva cuando sea incomprensible o efectivamente aplicada de forma que genere un desequilibrio relevante en perjuicio de los intereses de los consumidores contratantes.

1.4.- Esa propia jurisprudencia, prosigue la actora, ha analizado dos circunstancias: a) que exista une evidente desproporción entre el importe de la comisión y los impagos antes lo que se aplica la misma; y b) que se haya procedido al cobro de la comisión sin haber previamente reclamado la regularización de los pagos en la forma pactada (con cita de la SAP 344/2012 de 3 de septiembre).

1.5.- Concluye subrayando que la Administración ha " *afirmado el carácter abusivo de la cláusula en abstracto y sin que se haya procedido a la aplicación de la misma*", por lo que no se ha valorado n la proporcionalidad del importe de la comisión, al desconocerse además, el importe de las cuotas impagadas" o los supuestos en los que se aplica la misma, sin que se puede calificar *ex ante*, sino que solo es posible "una vez que se ha aplicado la cláusula y se han valorado las gestiones efectivamente llevadas a cabo por parte de la entidad para la reclamación de los importes, gestiones que, a mayor abundamiento, variarán en función del perfil del deudor, por lo que solo una vez realizadas puede valorar el coste de las mismas.

OCTAVO.- INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.

1. - Alega la actora que la resolución infringe el citado principio en cuanto que de la actuación del IVC se puede colegir que la administración demandada sanciona a la compareciente por la presunta " *comisión de una infracción administrativa en materia de consumo consistente en introducir cláusulas abusivas y, por otra parte, los órganos jurisdiccionales civiles y mercantiles declaren la validez de dichas cláusula por carecer de carácter abusivo*", recordando la citada doctrina de la STS de 17 de marzo de 2006 en cuyo tenor " *no caben pronunciamientos contradictorios en virtud de los cuales resulta que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron*", que trae canon de la doctrina constitucional que invoca la actora (STC 77/1983, 62/1984, etc) y de diversos fallos judiciales que se relacionan.

1.1.- A juicio de la actora de la jurisprudencia citada *se "desprende que una cláusula no puede ser abusiva para la Administración (y por ende para la jurisdicción contencioso-administrativa) y no serlo para la jurisdicción civil o la especializada mercantil*", por lo que " *toda autoridad en materia de consumo necesita como requisito previo e ineludible una resolución judicial firme que determine la abusividad de las cláusulas concretas*", de lo contrario no solo se estarían infringiendo lo establecido en el artículo 83 del TRLGDCU sino que además, se estaría

vulnerando el principio de seguridad jurídica reconocido en el artículo 9 de la CE de 1978. Sostiene la actora que estos casos existe un " *elemento de prejudicialidad civil*" en la determinación del tipo del ilícito por el que ha sido sancionada, y que dado la aplicación de los principios comunes del derecho penal (STC 18/1981), nos encontraríamos ante una prejudicialidad del artículo 4 de la LJCA.

1.1.1.- Arguye la recurrente, que "resultando el carácter abusivo de la cláusula un elemento básico del tipo infractor que se imputa a mi representada, y por ello un elemento decisivo para la determinación de la inocencia o culpabilidad de mi representada en el expediente sancionador, " *es procedente suspender el presente procedimiento hasta que los órganos jurisdiccionales competentes se pronuncien sobre la validez o la abusividad de la cláusula que han dado lugar al presente Expediente Sancionador*", interesando la suspensión hasta que se pronuncien los órganos judiciales competentes sobre su validez o carácter abusivo, siendo congruente constitucionalmente una prejudicialidad devolutiva para evitar que se llegue a pronunciamientos contradictorios (*ex* STC 156/1985 y 50/1996).

1.2.- Concluye señalando la actora que es "jurisprudencia del TC que el apartamiento arbitrario de esta excepción de prejudicialidad puede resultar contrario al Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cuando se puedan producir pronunciamientos contradictorios".

NOVENO.- INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. INEXISTENCIA DEDOLO, NEGLIGENCIA NI SIMPLE INOBSERVANCIA POR PARTE DE CAIXABANK.

1.- Alega la actora que no puede pretenderse sancionar a mi representado por una conducta consistente en la sujeción estricta y deliberada a la normativa vigente y aplicable, pues esta circunstancia comporta que no solo no concurre el tipo objetivo de la infracción que esta Administración imputa a mi representada, sino que tampoco concurre el tipo subjetivo".

1.1.- Recalca que no concurre ni dolo ni negligencia " *y ni tan solo simple inobservancia por parte*" de la entidad bancaria accionante, por lo que la " *imputación a CAIXABANK de dicha infracción resulta contraria al artículo 130 de la LPAC "*, máxime cuando tampoco el Banco de España ha " *considerado el carácter abusivo de la cláusula objeto de análisis*".

2.- Aduce la recurrente que " *si no existe absoluta certeza sobre el carácter abusivo de la cláusula concreta, su incorporación no puede ser sancionada*", como declaró la STS de 24 de noviembre de 2009 en la que se analizaba la posible condición abusiva de las cláusulas de redondeo al alza en los préstamos hipotecarios, por lo que se ha vulnerado en perjuicio de la actora el principio de culpabilidad reconocido en el artículo 24 de la CE por lo que ha de predicarse una nueva cláusula de nulidad de pleno derecho de las resoluciones objeto del recurso.

DÉCIMO.- SOBRE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DEDUCIDA POR LA *REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LA DEMANDADA.*

1.- A juicio de la demanda los hechos controvertidos aparecen reflejados detalladamente en la Resolución de 1 de octubre de 2015, del Director de KONTSUMOBIDE-Instituto Vasco de Consumo recaída en el expediente sancionador 01/A001/17/2015y sobre los mismos no existe realmente discrepancia entre las partes, tratándose de una cuestión de orden estrictamente jurídico.

2.- La causa de la sanción está probada y no es discutida, y no es otra que en la estipulación Cuarta c) de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria otorgados por CAIXABANK dedicada a Comisiones, consta la denominada "COMISIÓN POR RECLAMACIÓN DE CUOTAS IMPAGADAS" con el siguiente contenido: 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"*

3.- Señala, también, como cuestión relevante que la sanción ya fue impugnada por el cauce del procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales dando lugar a la SJCA 92/2016 de 2 de mayo del número 2 de Vitoria-Gasteiz, dictada en los autos del recurso 66/2016, que ha sido desestimada.

3.1.- A juicio de la demandada, en este procedimiento abreviado - por razón de cuantía- se reproducen las mismas alegaciones y argumentos, por los que la demandada se remite *in totum* a los fundamentos de la precitada Sentencia, y aunque se haya dictado en ese cauce, no se aprecian motivos de legalidad constitucional u ordinaria distintos de los que ya habían sido desestimados.

2.- ***Sobre la competencia de la jurisdicción civil para declarar una cláusulaabusiva.***

1.- No comparte la demandada la interpretación alegada por la representación procesal de la demandante, dadas las competencias del EAPV y de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley del Estatuto del Consumidor, aprobado por la Ley 10/1982 de 30 de noviembre.

1.1.- La representación procesal de la demandada invoca, en ese sentido, lo argumentado en el Fundamento Jurídico 14 de la STC 71/1982 de 30 de noviembre que enjuiciaba su constitucionalidad, y apuntaba como "en el art. 13 puede descubrirse, también, que aborda, con fórmulas más o menos abstractas, el fenómeno, capital para la defensa del consumidor o usuario, de las cláusulas abusivas. En este artículo se configuran preceptos definitorios que, con un carácter de generalidad, proscriben las cláusulas que resulten lesivas o simplemente abusivas para el consumidor (apartado f) o las abusivas del crédito (apartado c), pero también sanciona determinados tipos de cláusulas ***abusivas como son las excluyentes de derechos irrenunciables (apartado b).***

1.1.- Añade la demandada que el TC resuelve, también, esta cuestión cuando señala que:

" *Considerados los apartados que hemos dicho (b, c, f,) en el conjunto del art. 13 , y en el conjunto de la Ley de la que también forma parte la que califica como transitoria, puede inferirse que por el legislador vasco no se reivindica, y ejerce, unacompetencia legislativa en orden a la determinación de las cláusulas abusivas, y la sanción que comportan; el objetivo del precepto, como decimos en el fundamento jurídico que antecede al presente, es comprometer a los poderes vascos, en orientar su actividad a la efectiva aplicación de la normativa vigente o a la consecución de la que evite y sancione prácticas abusivas, normativa que, en los términos que hemos dicho es la estatal. Así entendido el art. 13 no está viciado de incompetencia, aunque, para completar su análisis, tenemos que examinarlo desde el motivo que, principalmente, alega el Abogado del Estado y que es el de la legislación sobre defensa de la competencia, a la que se alude, en el art. 10.27 del Estatuto del País Vasco, como competencia no atribuida al legislador vasco.*

1.2.- Añade la demandada que el artículo 50.4 g) del vigente Estatuto del Consumidor no reivindica ni ejerce una competencia legislativa en orden a la determinación de las cláusulas abusivas ni la sanción que comportan y mucho menos pretende arrogarse una función jurisdiccional; más sencillamente, " *el objetivo del precepto es comprometer a los poderes vascos, en orientar su actividad a la efectiva aplicación de la normativa vigente o a la consecución de la que evite y sancione prácticas abusivas.*

1.3.- Sostiene la representación de la demandada que esa es la interpretación del TC es coherente, no solo con la distribución constitucional de competencias y la atribución de *"...la competencia de la Administración para sancionar ....la inclusión de cláusulas abusivas"*, sin que pueda considerarse necesaria y previa declaración jurisdiccional civil como presupuesto para poder ejercer dicha potestad sancionadora.

1.4.- La demandada, además, rechaza la argumentación de la recurrente cuando apunta que la resolución combatida cita *una abundante jurisprudencia acerca del carácter abusivo de cláusulas relativas a las comisiones de gestión de reclamación de impagados.* ***Todaella proveniente de órganos jurisdiccionales civiles y mercantiles que son los realmentecompetentes para la declaración de la abusividad de las cláusulas*** , y contrariamente a lo alegado por la recurrente, este tipo de cláusulas, además, ha sido declarada abusiva en diversas resoluciones judiciales que se citan.

2.- Sobre los pronunciamientos de la jurisdicción ordinaria en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración de consumo, al identificar este tipo de cláusulas abusivas en los contratos sujetos a la legislación de consumo, la representación de la demanda, ha señalado cómo la jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta cuestión, que como hemos apuntado, constituye el vórtice del recurso deducido por la entidad financiera accionante. Singularmente invoca el Fundamento Segundo de la Sentencia de 6 de junio de 2006 del TSJ de Madrid (**nº944/2006, rec 491/2002),** que a este respecto señalaba **:**

"(...)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 unascondiciones que les son ofrecidas por los promotores de viviendas.* ***De ahí que las acciones que se derivan de una misma actuación, unas tengan carácter reparador por vía del Derecho Civil, y otras carácter sancionador si no se han cumplido las exigencias de las normas administrativas aplicables a la cuestión,como posteriormente se expondrá al examinar cada una de las infracciones cuya comisión se sanciona*** *. Por lo tanto, no se trata aquí de dilucidar si hubo o no incumplimiento de un contrato civil, sino si la recurrente incumplió normas administrativas de protección de los consumidores, y, por lo tanto, si incurrió en ilícito administrativo."*

2.1.- Este criterio es compartido en la STJC-LM de 23 de abril de 2002 (**rec.1782/1998 R**) cuando señala:

"(...) Sin embargo, como ha quedado dicho, las resoluciones impugnadas se limitan a la imposición de una sanción que, como veremos, se ajusta a derecho, sin que se haya declarado formalmente y en la parte dispositiva de las resoluciones impugnadas --lo que sí sería una extralimitación competencial, pues correspondería efectivamente al orden jurisdiccional resolver la nulidad de la cláusula en lid y la ineficacia del contrato-- la nulidad de ninguna cláusula contractual ."

2.2.- La demandada, por tanto, sostiene que la competencia en materia de consumo de la Administración Autonómica Vasca incluye en su ámbito el imponer sanciones por la existencia de cláusulas abusivas en un contrato suscrito en las relaciones entre empresarios y consumidores, (art. 2 TR-LGDCU). Y así se han manifestado los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de esta ciudad (SJCA **nº 110/2013, de 5 de junio, del nº 1 de Vitoria-Gasteiz, PAB 326/2012**, **Sentencia nº 214/2015**, de 26 de octubre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Vitoria-Gasteiz (Proc. Abreviado nº 176/2015), **SJCA nº 2 de Vitoria-Gasteiz, nº 65/2016, de 22 de marzo, dictada en el PAB 323/2015)**, de las que se deduce que el Juzgado entra a conocer y resuelve con absoluta naturalidad sobre conductas consistentes en la inclusión de cláusulas abusivas, sin necesidad de un pronunciamiento jurisdiccional civil previo que declare tal deslealtad o abusividad.

3.3.- De modo expreso la citada Sentencia nº 92/2016, de 2 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vitoria-Gasteiz establece que:

Disintiendo de los motivos aducidos 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-administrativa se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones perjudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo y en segundo término 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 por consumidores. Asimismo se asume íntegramente la doctrina sentada entre otras en las Sentencias parcialmente consignadas por la administración demandada,..."

3.- Por lo tanto, la Administración demandada es competente para sancionar al " *predisponente de un contrato que incluya una cláusula o bien que realice una práctica que limite o vulnere*" los derechos reconocidos al consumidor, y en el ejercicio de esa potestad sancionadora y con los límites y alcance de un pronunciamiento administrativo, declarar el *"carácter abusivo*" de la cláusula que es objeto de análisis.

3.1.- Alega la representación de la demandada, además, que esta competencia se deriva de lo dispuesto en el artículo 81 de la LGDCU, que habilita a **KONTSUMOBIDE** para valorar en abstracto el posible carácter abusivo de una estipulación.

3.2.- Según dicho precepto KONTSUMOBIDE "al predisponente de un contrato que incluya una cláusula abusiva, ya que tal hecho tiene su encaje en el tipo definido en el art. 50.

4 de Ley 6/2003 de 22 de diciembre de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias *("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"* y 49. 1 i) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre - en adelante TRLGDCU- *("introducción de cláusulas abusivas en los contratos")* en el ejercicio ya indicado de la potestad sancionadora en materia de defensa de consumidores y usuarios que establece el artículo 46.1 del TRLGDCU.

6.- ***Sobre el carácter abusivo de la citada cláusula*** .

1.- Señala la representación procesal de la demandada que no puede compartirse la inexistencia de pronunciamientos judiciales del orden civil sobre este tipo de cláusulas, dado que la " *tendencia jurisprudencial sobre esta comisión (el texto de la misma es prácticamente idéntico en todas las entidades de crédito) no admite discusión, ya que es* ***doctrina jurisprudencial reiterada y constante la que se ha pronunciado sobre el carácter abusivo de la misma,*** *por lo que, en consecuencia, en el ámbito de la normativa de consumo tal estipulación podría ser constitutiva de infracción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 82 en relación con el art. 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que atribuye la cualidad de abusiva a las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta por incumplimiento de sus obligaciones"* .

2.- Así en su escrito de contestación a la demanda relaciona toda una serie de pronunciamientos del orden civil sobre estas cuestiones (a.e, - SAP GIPUZKOA 31 de marzo de 2015, Nº de Resolución: 80/2015, Sentencia 84/2015, -STA AP GIPUZKOA, de 27 marzo de 2015, Sección 2ª, Nº 78/2015, Rec. 2079/2015: -STA AP GIPUZKOA de 20 de marzo de 2015, Nº de Resolución: 63/2015: -STA AP GIPUZKOA de 26 marzo de 2015, Sección 2ª, Sentencia 72/201, Rec. 2058/2015: -STA AP GIPUZKOA de 24 Marzo de 2015, Sección 2ª, Sentencia

67/2015 Rec. 2075/2015: -Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, Sentencia 19/2015 de 2 febrero, -Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, Sentencia núm. 372/2014 de 14 noviembre. JUR 2014\275734, Sentencia nº 60/15 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia el 9 de marzo de 2015; de SAP Álava, Sección 1ª, S de 25 de Junio de 2013, - Sentencia de 22 de febrero de 2012 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao; SAP l de Vizcaya, Sección 3ª, Sentencia de 27 Mar. 2007, rec. 21/2007).

6.2.- Invoca además, otra serie de pronunciamientos de Tribunales del orden civil en idéntico sentido de anular por abusiva esta misma comisión por reclamación de posiciones deudoras, se han pronunciado, entre otras, la Audiencia Provincial de Salamanca, Auto de 2 de diciembre de 2014; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 391/2014 de 2 Dic. 2014, Rec. 365/2013, Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, Sentencia 331/2014 de 15 Dic. 2014, Rec. 378/2014, Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1ª, Sentencia 264/2014 de 26 Dic. 2014, Rec. 235/2014; Audiencia Provincial de Oviedo Sentencia de 21 de Julio de 2014 -Nº187/14- ; la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, Sentencia de 12 Marzo de 2014; la A.P. Madrid Sentencia 342/2012 de 11 de junio; la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª) Sentencia núm. 253/2014 de 13 junio. JUR 2014\228717; la AP Tenerife 847/2014 Nº de Recurso: 675/2013, Sentencia 25 de marzo de 2014; la Sentencia 00370/2013 de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección quinta (Cartagena); la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª), Sentencia núm. 496/2004 de 22 septiembre AC\2005\153; la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5ª, Sentencia de 17 de octubre de 2013 nº 390/2013; la SAP Salamanca, Secc. 1ª, de 8 febrero 2010, rec. 57/2010; la AP Jaén, Secc. 1ª, sentencia de 3 mayo 2010, rec. 147/2010; la AP Sevilla, Secc. 8ª, Sentencia de 10 marzo 2011, rec. 265/2011; la AP Madrid, Secc. 14ª, Sentencia de 13 mayo 2014, rec. 733/2013; AP Málaga, Secc. 4ª, Sentencia de 23 mayo 2014, rec. 908/2012; Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª) Sentencia núm. 370/2013 de 22 octubre.

3.- La representación procesal de la demandada, en ese sentido, además, y en relación con la cita de la doctrina científica que niega la competencia propia de la Administración pública y que exige la declaración jurisdiccional previa sobre la abusividad de la cláusula, cita diversos pasajes de CARRASCO PERERA, CORDERO, que coinciden en sostener la inexistencia de prejudicialidad civil y la posibilidad de apreciar, en el ejercicio de su potestad sancionadora y con los límites y el alcance de ese juicio, la existencia de abusividad en una cláusula.

7.- ***Sobre la vulneración de derechos fundamentales y la infracción del principiode tipicidad.***

7.1.- Impugna la demandada el correlativo de la demanda, si bien, como señala la representación *la primera parte de la argumentación que sostiene este motivo y que se señala en el punto (i) del mismo, es deudora de la anterior en cuanto viene a sostener que en la medida que no existe una declaración judicial firme por parte de los órganos jurisdiccionalmente competentes (los civiles) que declare la abusividad de dicha cláusula concreta no se cumple el tipo porque no puede haber cláusula abusiva fuera de dicha declaración judicial del orden jurisdiccional civil.*

7.2.- Toda vez que se ha argumentado y desestimado el requisito de la previa declaración jurisdiccional civil, además, de la concurrencia del breviario de pronunciamientos de ese orden que declaran la abusividad de dicha cláusula, por lo que no puede acogerse tal motivo fundado en el motivo previo, " *siendo la conducta perfectamente típica al constituir la cláusula en cuestión una cláusula abusiva.*"

7.3.- Empero la cláusula de gestión de la reclamación, de la que se predica por la actora la inexistencia de una abusividad per se, cabe señalar que reúne, en todo caso, las condiciones para su calificación. En efecto, como recalca la demandada, " *debe señalarse que esta comisión se devenga por la entidad imputada por cada cuota pactada que resulte impagada a su vencimiento, a satisfacer en el momento en que se genere la primera reclamación solicitando su regularización. Es decir la recurrente cobra 35 euros al adherente cada vez que se produzca un impago y efectúe una gestión de reclamación adicional. El tenor literal provoca una situación de desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio de las personas consumidoras que contratan con esa entidad un préstamo con garantía hipotecaria*.

7.4.- La libertad de pacto de comisiones prevista en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, **-** arguye la demandada- en ningún caso puede implicar situaciones de abuso o desequilibrio.

7.5.- En este caso, además, los términos genéricos de su redacción, " *sin ningún tipo de límite temporal, cuantitativo o de otra índole*", a juicio de la demandada constituye una fórmula excesivamente abierta y viene referida a un concepto de reclamación que queda en la más completa indefinición al determinar de manera deficiente las circunstancias de su procedencia y cálculo, pudiéndose devengar tantas " *comisiones como recibos impagados, lo que supone una absoluta desproporción entre el cargo económico y la prestación que serviría de causa a aquel*".

7.6.- Se trata, a juicio de la demandada, de una " *condición general no negociada de manera efectiva,* ***redactada e impuesta por el predisponente*** *(en ningún caso es la contraprestación a un servicio "expresamente solicitado en firme" por el cliente, tal y como exige la normativa de transparencia bancaria), confeccionada con anterioridad a la celebración del contrato y en la que el adherente no ha podido influir.*

7.7.- Y según la doctrina relativa a las "expectativas razonables en contratos de adhesión, y preguntarse si la recurrente podía estimar razonablemente que, como dice el TJUE, " *tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*".

7.8.- A juicio de la demandada el carácter abusivo de la cláusula transcrita " *reside fundamentalmente en lo que no dice, ya que una lectura de esa cláusula* ***posibilita a la predisponente el cobro de esa comisión sin el cumplimiento de las garantías pro consumatore exigidas por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España y, sobre todo, por una mayoritaria y consolidada Doctrina Jurisprudencial civil****. Por tanto, lo relevante, en opinión de esta representación, es que el tenor de la misma,* ***contemplando todas las interpretaciones razonablemente sostenibles que de su texto puedan derivarse, no dé lugar a esa posibilidad, pues si es así lo procedente es depurarla.***

7.9.- Sobre estas cuestiones añade la demandada que desde la óptica de la normativa de consumo, la condición abusiva deriva de rasgos siguientes:

" *En primer lugar por cuanto n* ***o obliga a la predisponente a demostrar la fehacienciade tales gestiones de reclamación (constancia de su contenido, remisión, medioempleado y fechas de recepción por el deudor);***

En segundo lugar la ***Automaticidad en su cobro, que*** *permite su cobro* ***sin discriminar por la cuantía y duración del préstamo o por el carácter total o parcial de dicho incumplimiento*** *(cobro de 35 euros para reclamar incumplimientos no sustanciales, por ejemplo deudas de pequeña cuantía -podría darse el caso de su devengo por una deuda de 1€-, recibos pasados al cobro días antes del habitual ingreso de nóminas/pensiones, simplesdescuidos de sus clientes, etc...) y* ***no tiene en cuenta las condiciones personales del prestatario****, ni si, por ejemplo, ha habido algún cargo extraordinario, o a destiempo, en la cuenta en la que se ha realizado el impago.*

En tercer lugar por cuanto habilita el cobro de cantidades por servicios cuyo coste real no se corresponde con el importe repercutido. Recalca la demandada en relación con este rasgo constitutivo que "tal como ha venido repitiendo la doctrina jurisprudencial civil, sea cual sea el sistema que se pueda emplear para dicha regularización lo cierto es que dicho gasto, en la mayoría de los casos, no alcanzará el desproporcionado coste de, en este caso 30 euros, fijado unilateralmente por el predisponente. Esto puede generar una indemnización absolutamente desproporcionada en relación con el saldo reclamado y el coste efectivo del servicio, como entre otras pone de manifiesto el ***Auto núm. 40/2014 de 22 abril. AC 2014\620 de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (Sección 2ª)*** :"la cláusula 4ª del préstamo hipotecario, relativa a las comisiones por posiciones deudoras (...) *ha de estimarse sin dudaalguna abusiva, dado que a través de ella se establece un recargo por parte de la entidaddemandante,* en el supuesto de impago de alguna cuota por parte de Dª. *LBO y de reclamación de la misma, que* ***no responde al costo particular e individualizado de unaactuación concreta que la misma haya podido desarrollar,*** *sino que se trata de una cuota mensual fija, que se constituye como una especie de comisión adicional a satisfacer por lamisma." o la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia/San Sebastián de 2 febrero 2015 : "No hay prueba alguna de que responda a un coste real, pues ni siquiera se explica al contestar la razón de que sea dicha cantidad, que a todas luces no responde al costede una llamada de teléfono que intime al pago, un correo electrónico con la misma finalidad, ouna carta postal, de importe bastante inferior. No puede ser tampoco el coste de la reclamación judicial, cuyas reglas están previstas en el art. 394 LEC al disciplinar las costas".*

En cuarto lugar en cuanto que permite duplicar los conceptos indemnizatorios que penalizan el retraso en el pago, dado el carácter eminentemente indemnizatorio de la misma, por lo que la "situación de descubierto "ya está siendo penalizada, a la par que retribuida, a través del tipo de interés de demora " (SAP de 28 de noviembre de 2013, SAP de 20 de marzo de 2015 y de 31 de marzo de 2015).

En quinto lugar por cuanto en situaciones de imposibilidad continuada y acreditada de atender las deudas bancarias, al aplicarse la comisión en cada periodo de liquidación (en cada rúbrica, que suele ser mensual), multiplica sin causa justificada el importe de su deuda en un breve periodo de tiempo , al acumularse el principal más los intereses remuneratorios, los de demora, los gastos de toda índole y los específicos de esa comisión.

8.- Sobre la Infracción del principio de seguridad jurídica.

8.1.- Aduce la demandada que este motivo de impugnación es " *tributario del primero en cuanto la inseguridad jurídica derivaría en definitiva de una eventual sentencia del orden jurisdiccional civil en sentido contrario al señalado por la Administración, lo que se evitaría si aquella sentencia fuera requisito para la imposición de la sanción*".

8.2.- Sin embargo no puede acogerse dado que la resolución administrativa es revisable en la jurisdicción contencioso- administrativa y consecuentemente la eventual contradicción se pudiera dar entre dos sentencias de diferentes órganos jurisdiccionales que debiera resolverse como se resuelven en otras ocasiones. Y añade la demandada como en *dos muy recientes pronunciamientos de dos Salas del Tribunal Supremo, Contencioso y Civil, en relación al denominado "derecho al olvido" que llegan a conclusiones diferentes e incluso contradictorias (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo 574/2016, de 8 de marzo de 2016 y STS, Sala de lo Civil, Pleno, nº 210/2016 de 5 de abril de 2016) sin que por ello se exija que una jurisdicción deba prevalecer frente a otra o que la Agencia Española de Protección de Datos cree inseguridad jurídica.*

8.3.- Y en relación con la recurrente cuestión de la prejudicialidad de la decisión civil, alega la demandada, que " *si para la resolución del pleito es necesario pronunciarse sobre la abusividad de la cláusula analizada y aunque se aceptara a efectos meramente dialécticos que ésta sea una cuestión estrictamente civil e incluso que hiciera falta un pronunciamiento jurisdiccional al respecto, el órgano jurisdiccional adecuado para hacerlo es el propio Juzgado, y ello por la aplicación al caso de la previsión contenida en el artículo 4.1 de la Ley rituaria dado que se trata de una cuestión prejudicial directamente relacionada con el objeto de recurso y por lo tanto, susceptible de ser resuelta sin afectación alguna de su competencia objetiva",* dados los límites del apartado 2 del artículo 4 de la LJCA y de lo dispuesto en el artículo 10 de la LOPJ tal y como ha señalado la doctrina legal.

8.3.1.- Así, entre otras, cita la STS de 2 de junio de 2010 que declara como " ***el proceso contencioso administrativo sancionador*** *tiene por objeto examinar si se han cumplido los requisitos, presupuestos y condiciones obligatorios según la ley y, en su caso, exigir las responsabilidades correspondientes. En consecuencia,* ***una cosa son las responsabilidades posibles de la entidad actora con las personas con las que contrató y otra, muy diferente, las responsabilidades con la Administración derivadas del cumplimiento o no de las disposiciones administrativas pertinentes.***

8.3.2.- Y en el orden constitucional el propio TC " *ha sostenido la legitimidad, desde la perspectiva constitucional, del instituto de la prejudicialidad no devolutiva, como vía para permitir el conocimiento en su integridad de asuntos complejos -en los que se entrecruzan instituciones integradas en sectores del Ordenamiento jurídico cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos- por un solo orden jurisdiccional, cuando el conocimiento de estas cuestiones resulta instrumental para resolver sobre la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos del propio* proceso (SSTC 24/1984 , 62/1984 y 171/1994).

9.- ***Sobre el principio de culpabilidad, inexistencia de dolo, negligencia o simpleinobservancia por parte de Caixabank.***

Tras señalar el carácter tautológico de la argumentación de la demandada señala que la cuestión nuclear no es otra que determinar si la conducta es constitutiva o no de una infracción tipificada, en definitiva, si la cláusula es o no abusiva, y en consecuencia sancionar al amparo de lo dispuesto en el artículo 130 de la LPAC.

UNDÉCIMO.- Según hemos señalado la sociedad financiera accionante - que deriva de la cesión por *Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona* de los "activos y pasivos integrantes de su actividad financiera- ha articulado los cinco motivos de impugnación que agavillamos:

1º) la incompetencia objetiva de la Administración de consumo para sancionar por el carácter abusivo de una cláusula de un préstamo al amparo del artículo 81 y 84 del TRLGDCU de 2007, dado que esa declaración corresponde al orden civil, por lo que a falta de una previa declaración de la jurisdicción competente, se estaría infringiendo no solo el principio de competencia administrativa sancionadora sino, también, el principio de seguridad jurídica (art. 9 CE) y de presunción de inocencia (24 CE), así como el de tipicidad (art. 25 CE); sin que la citada cláusula hubiere sido previamente declarada abusiva por ningún órgano jurisdiccional civil o mercantil, por lo que se concluye que la sanción impuesta es nula de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1 a) de la LPAC;

2º) consecuencia del motivo anterior la resolución infringe el principio de tipicidad sancionado en el artículo 24 y 25 de la CE dado que el contenido de la infracción por la que ha sido sancionada al amparo del artículo 50.4 g) del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias en relación con los artículos 82, 85.6 y 87.6 del TRLGDCU de 2007, solamente puede "integrarse" mediante una previa declaración judicial firme que determinara el carácter abusivo de la "comisión de gestión de reclamación de impagados", sin que, además, la administración sancionadora haya justificado qué derechos de los consumidores y usuarios podían quedar limitados como consecuencia de dichas cláusulas;

3º) que la " *comisión de gestión de reclamación de impagados*" no resulta abusiva per se, sino que su "eventual carácter abusivo debe valorarse en función de determinas circunstancias que no han sido ponderadas por la administración demandada, dado que la jurisprudencia ha declarado la validez de la cláusula siempre que su aplicación resulte conforme a lo establecido en la Circular del Banco de España 8/1990 de 7 de septiembre

sobre transparencia de las Operaciones y Protección de la clientela, quien ha avalado ese tipo de cláusulas con determinadas condiciones, dado que no existe una desproporción entre el importe de la comisión y los impagos ante los que se aplica la misma y que no se ha cumplido con el presupuesto, cual que se haya procedido al cobro de la comisión sin haber previamente reclamado la regularización de los pagos en la forma pactada;

4º) la infracción del principio de seguridad jurídica (art. 9 CE) - declarado en la doctrina del TS y del TC- que se alega por la actora, por cuanto se colige de aquella que una "cláusula no puede ser abusiva para la administración - y por ende- para la jurisdicción contencioso-administrativa y no serlo para la jurisdicción civil o la especializada mercantil, con infracción del artículo 83 del TRLGCDU de 2007, lo que hubiere exigido aplicar una cierta prejudicialidad devolutiva, suspendiendo el procedimiento hasta que los órganos competentes del orden civil se pronunciaran sobre el carácter abusivo de la misma, para evitar pronunciamientos contradictorios;

5º) infracción del principio de culpabilidad, inexistencia de dolo, negligencia ni simple inobservancia por parte de **CAIXABANK** en clara infracción del artículo 130 de la LPAC, al no concurrir ni el tipo objetivo ni el subjetivo.

DECIMOSEGUNDO.- Antes de resolver las cuestiones suscitadas, y atendiendo a las alegaciones de la demandante, ha de señalarse que nos encontramos ante la aplicación de una sanción de consumo por la apreciación que la cláusula establecida de comisión de gestión de reclamaciones en los supuestos de posiciones deudoras, que es abusiva según la resolución administrativa impugnada.

1.- Como queda indicado, la tesis principal de la recurrente es que la Administración demandada no puede sancionar al amparo de lo dispuesto en el artículo 50 4 g) del Estatuto de las Personas Consumidoras en relación con los artículos 82, 85.6 y 87.6 del TRLGDCU de 2007, sin que previamente se haya dictado una Sentencia del orden jurisdiccional civil competente que declare el carácter abusivo de la citada cláusula.

1.1.- La previa declaración firme del orden civil, a juicio de la actora, se constituye en presupuesto para que la administración demandada pueda sancionar, por lo que inexistente el presupuesto se anudan el resto de las infracciones constitucionales que se citan.

1.2.- Es decir, el pronunciamiento de la jurisdicción civil constituiría el presupuesto para poder sancionar, con arreglo a la legislación de consumidores.

1.3.- Según la legislación de consumo y de condiciones generales de contratación, " *Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares*.

2.- A esta primera impugnación - que vertebra todo el recurso de la actora- ha de sumarse la relativa a la función revisora del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, dejando entrever que podríamos encontrar ante un supuesto de una casi prejudicialidad devolutiva - en cuanto que el carácter abusivo de una cláusula solo puede corresponder a un tribunal del orden civil-, so pena de encontrarnos, con quiebra del principio de seguridad jurídica ante pronunciamientos contradictorios entre dos órdenes jurisdiccionales. Cabe acotar, en ese sentido, que no existe como tal una prejudicialidad devolutiva entre la potestad sancionadora en materia de consumo que corresponde a la autoridad administrativa y la jurisdicción civil, en orden a configurarse - como si ocurre en algunos casos en los que, por ejemplo, una previa condena penal es el presupuesto de una sanción disciplinaria de un funcionario público- como un requisito o presupuesto para el ejercicio de esa potestad sancionadora.

2.1.- No es menester recordar que los Tribunales competentes para el objeto *principal* conocen de las *cuestiones prejudiciales*, excepto de las que revistan naturaleza jurídico-penal que se reservan a los órganos de esa rama u orden (*vide* arts. 10 de la L.O.P.J., 40 a 43 de la L.E.C. de 2000, 3 y ss., y 114 de la L.E.Cr. y 4 de la L.J.C.A).

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

3.- Otra de las cuestiones, entrelazadas, obliga a acotar algunos extremos sobre la existencia de pronunciamientos judiciales que declaran abusiva, además, este tipo de comisiones de gestión de reclamación de impagados de 35 euros por cada cuota pactada que resulte impagada, cual reza la " *comisión de posiciones deudoras*" por la que ha sido sancionada la entidad de crédito accionante.

3.1.- Sin perjuicio de la competencia para resolver, con los límites del artículo 4 de la LJCA, cabe señalar que ese tipo de cláusulas ha sido ya declarada por la jurisprudencia mayor y menor abusiva.

3.2.- En efecto, la citada SAP de Tarragona 344/2012 de 3 de septiembre, alegada, señalaba que:

Cuarto.-Respecto a la comisión por gestión de reclamación de impagados y su carácter abusivo, asiste razón al demandado cuando recuerda que el art. 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 considera como tales las estipulaciones no negociadas individualmente que contra las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor, si bien al supuesto resulta aplicable, dada la fecha de celebración del contrato, lo dispuesto en el mismo sentido por el art. 10 bis de la Ley 29/1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Asimismo, es oportuno recordar, tal como hace el apelante, lo dispuesto por la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, hoy derogada pero aplicable en el momento de celebración del contrato, que establece en su ordinal quinto que " *En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos* "

En el presente supuesto se incluye en el clausulado general del contrato de adhesión que ofreció la parte actora al demandado la expresa previsión de una comisión de gestión de reclamación de impagados de 35 euros por cuota. Amén del carácter extraordinariamente desproporcionado de la comisión en cuestión (que como nos recuerda el apelante supone, sobre cada cuota de 183,46 euros un 19,08% de comisión), tal comisión se ha aplicado de manera automática y sin que la entidad actora haya realizado ningún tipo de gestión efectiva para reclamar tales impagos. No figura en la prueba obrante en autos ni una sola evidencia de una sola gestión ante los impagos, ni individual respecto de cada cuota impagada, como procedería para poder aplicar la comisión de gestión incluida en el contrato, ni tampoco global por todas las cuotas impagadas. Se estima, por ello, el recurso de apelación en cuanto al carácter abusivo de la comisión de gestión de reclamación de impagados, declarándose nula la misma, que debe tenerse por no puesta en el contrato, por lo que procede reducir la cantidad de principal debida por el demandado a la parte actora en cuanto al importe correspondiente a tales comisiones, que es de 525 euros. En consecuencia se descuentan 525 euros del principal a cuyo pago se condena al demandado según la sentencia de instancia, que queda fijado en 7156,39 euros.

3.3.- La actora, de ese pronunciamiento, colige y articula su motivo tercero de impugnación sobre la base de entender que la citada cláusula no es abusiva per se, sino única y exclusivamente cuando concurren determinadas circunstancias que no concurren en este caso: a) la redacción en términos claros y comprensibles y que su aplicación se efectúe conforme a lo establecido en la Circular del Banco de España 8/1990 de 7 de septiembre, lo que obliga a analizar si existe una evidente desproporción entre el importe de la comisión y los impagos ante los que se aplica la misma y que no se haya cumplido con el presupuesto que genera su aplicación.

DECIMOTERCERO.- **1.-** No puede acogerse el primer motivo de impugnación relativo a la exigencia de una previa declaración del carácter abusivo de una cláusula por la jurisdicción civil.

2.- Como se ha señalado por la representación procesal de la demandada, no es exigible, para sancionar al amparo de lo dispuesto en el artículo 50.4 de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias en relación con el artículo 82, 85.6 y 87.6 del TRLGDCU de 2007.

2.1.- Ha señalado la STSJ, Contencioso sección 9 del 19 de junio de 2008 (ROJ: **STSJ M 10030/2008** - ECLI:ES: TSJM:2008:10030) Sentencia: 908/2008 | Recurso: 562/2006 | Ponente: MARGARITA ENCARNACIÓN PAZOS PIT) que:

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

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

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

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

2.2.- Y en el mismo sentido la STSJ, del 6 de junio de 2006 (ROJ: **STSJ M 6456/2006** - ECLI:ES:TSJM:2006:6456) Sentencia: 944/2006 | Recurso: 491/2002 | Ponente: MARGARITA ENCARNACIÓN PAZOS PITA) o la STSJ, Contencioso sección 9 del 04 de marzo de 2004 (ROJ: **STSJ M 2763/2004** - ECLI:ES:TSJM:2004:2763) Sentencia: 190/2004 | Recurso:

105/2003 | Ponente: MIGUEL LOPEZ-MUÑIZ GOÑI).

2.3.- Como señala la SJCA del 5 de junio de 2013 (ROJ: **SJCA 836/2013** - ECLI:ES:JCA:2013:836) Sentencia: 110/2013 | Recurso: 326/2012 | Ponente: PATRICIA ARRIZABALAGA ITURMENDI), de este juzgado,

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

Sin embargo, tales alegaciones no pueden prosperar pues, como ya señaló esta misma Sección en Sentencia de 4 de marzo de2004 EDJ2004/20221 , se ha de partir de la base de que son campos totalmente diferentes el correspondiente al Derecho Civil, que cubre los contratos, su interpretación y efectos de su incumplimiento, del Derecho Administrativo, que se ocupa de la protección de derechos generales y comunes, y concretamente en el caso presente, de la protección de los consumidores que, guiados por una adecuada propaganda o contrato prácticamente de adhesión, aceptan unas condiciones que les son ofrecidas por los promotores de viviendas.

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

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

3.- Por tanto, y en el ámbito de su competencia, la autoridad vasca en materia de consumo ha subsumido la cláusula de reclamación de posición deudora, en los supuestos de cláusulas abusivas tipificadas en los artículos 50. 4 g) del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias en relación con el 82, 85.6 y 87.6 del TRLGCDU de 2007, sin perjuicio, además, con los efectos correspondientes en el orden civil, los diversos pronunciamientos que se recogen en el que expresamente se han calificado como tal este tipo de cláusula, que no olvidemos permite a la hogaño demandante reclamar y percibir, en su caso, una *comisión de gestión de reclamación de impagados de TREINTA Y CINCO EUROS (35'00 EUROS) por cada cuota pactada que*

resulte impagada a su vencimiento a satisfacer en el momento en que se genere la primera reclamación por escritosolicitando su regularización".

3.1.- A la postre, y con los límites del artículo 4 de la LJCA, la citada cláusula no es más que un nueva indemnización añadida por incumplimiento o retraso del prestatario, y encubre intereses de demora. Como ya señaló la SAPV, *(Sección 11ª) núm. 328/2014 de 30 septiembre (JUR 2015\52019),* al analizar la comisión de devolución de recibos por impago en un préstamo de una entidad prestamista que preveía, en ese caso, un porcentaje de la deuda,

« *llámese como se llame, lo que predispuso en esas cláusulas la prestamista son intereses moratorios, pues no otra es la naturaleza y razón de ser de ese"* clausulado.

4.- Y en el or ***den competencial, además, así se colige de la ratio decidendi de la STC 10/2015, de 2 de febrero de 2015 (B*** OE núm. 52 , de 2 de marzo de 2015).

DECIMOCUARTO .- 1.- Desestimado el primer motivo de impugnación, no puede sostenerse el segundo. No concurre infracción del principio de tipicidad - elevado como elemento del principio de legalidad sancionadora a derecho fundamental por la actora- por cuanto no es preciso que una previa declaración del carácter abusivo de la precitada cláusula de comisión de posición deudora, haya sido declarada previamente abusiva por un pronunciamiento judicial que determine, en consecuencia, la " *tipicidad*" por integración de la conducta típica sancionada del ilícito administrativo regulado en el artículo 50.4 g) del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias y concordantes del TGLGDCU de 2007.

2.- La previa declaración del orden civil firme no es presupuesto o requisito ni por ende integra el tipo del ilícito del artículo 50.4 g) de la LEPCU y concordantes artículos 82, 85.6 y 87.6 del TRLGCDU de 2007. Y la sanción administrativa no declara la nulidad de la misma- declaración esta, que si es ajena al ejercicio de la autotutela declarativa (*contrario sensu* STSJ Andalucía de 2 de junio del 2015, recurso n.º 496/2014, y STSJ. Andalucía 338/2012 de 30 de enero - Granada-, STSJ. Castilla-La Mancha 587/2011 de 12 de septiembre).

DECIMOQUINTO .- **1.-** No puede prosperar, además, el motivo tercero que exige un juicio concreto y no abstracto del carácter abusivo de la citada comisión por posiciones deudoras, invocando además, determinadas reglas del control de transparencia de cláusulas predispuestas accesorias que no esenciales - como la que nos ocupa- del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

2.- A este respecto, - y con los límites del artículo 4 de la LJCA- el análisis de una cláusula materialmente indemnizatoria como la que nos ocupa (accesoria y predispuesta), ha de realizarse de forma abstracta de conformidad con el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 11 de junio de 2015, en cuyos términos *"La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» ¿en el sentido del artículo3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 ¿ de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión"*

2.1.- Sin perjuicio de otra consideración el predisponente no ha acreditado en el expediente administrativo, más allá de la invocación de la claridad de la comisión de la posición deudora, que la citada comisión por gestión haya observado las exigencias del control invocado.

3.- O como señala la STS **464/2014** de 8 de Septiembre de dos mil catorce , relativa al análisis de la denominada cláusula suelo, pero aplicable, *mutatis mutandis*, al caso que nos ocupa, que:

2. La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica negocial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013). En síntesis, entre las conclusiones de la doctrina jurisprudencial allí declarada, (Fundamento de Derecho Séptimo y Octavo, parágrafos 131 a 165), se resaltaban las siguientes consideraciones: "-parágrafo 144; a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial".

"-Parágrafo 165; a) la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

(...) y añade

6.Caracterización del control de transparencia. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).

7. Fundamento, De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C-427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

8.Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13, declarando, entre otros extremos, que: *"El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo"*.

4.- ***Sobre la declaración de abusividad de las comisiones por reclamación deposiciones deudoras por los Tribunales del orden civil.***

4.1.- La actora había sostenido, además, que no solo correspondía la declaración sobre la naturaleza o carácter abusivo de una cláusula al orden civil como requisito o presupuesto para integrar el tipo del ilícito en materia de consumo que permitiera a la Autoridad competente, sancionar administrativamente a la entidad de crédito recurrente - dado el carácter de consumidor del prestatario en estos casos analizados- sino, que, además, la jurisdicción civil no había declarado esa cláusula de gestión de gastos por posiciones deudoras abusiva, y exigía, además, que se realizara no solo un juicio abstracto sino concreto y proporcionado en cada uno de los supuestos analizados, de modo que se pudiera concluir que en un juicio abstracto la citada cláusula no era "abusiva", y en su aplicación, siempre y cuando se cumplieran determinados requisitos en su aplicación atendiendo a las exigencias de alguna Circular del Banco de España, la conclusión sería la misma.

4.2.- No puede acogerse ese motivo impugnatorio. La naturaleza abusiva o no de la cláusula, como ha señalado la doctrina, deriva, en primer lugar, de un juicio abstracto. Y en segundo lugar, por cuanto este tipo de cláusulas bancarias que integran las condiciones generales del contrato de préstamo ya han sido declaradas abusivas de modo reiterado por nuestros Tribunales. Nos detendremos en dos Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Donostia-San Sebastián.

4.3.- La primera es una reciente Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 73/2016 de 2 de marzo, de Donostia-San Sebastián (Ponente: OTEGUI), en relación con una cláusula similar de un préstamo de la entidad **KUTXABANK,** por la que fue sancionado, señalaba, recogiendo pronunciamientos anteriores de la AP de Gipuzkoa, que:

TERCERO.- **Cláusula cuarta. Comisión por reclamación de posiciones deudoras.**

" *Comisión por reclamación de posiciones deudoras:* Se satisfará por la parte prestataria una comisión por reclamación de posiciones deudoras, vencidas o descubiertas y no satisfechas, por un importe de QUINCE EUROS (€15), por cada reclamación que se efectúe con ocasión de producirse estas posiciones"

1. **Control de validez de la cláusula.**

No se discute por las partes que dicha cláusula sea una condición general de la contratación y dado que no incide en el objeto principal del contrato, no existe en este caso límite alguno para que sea controlada su validez a la luz de la Directiva 93/13/CEE.

Ello supone la necesidad de cumplir con el requisito de la transparencia de conformidad con el artículo 5 de la Directiva según el sentido antes expuesto de la garantía de comprensibilidad real de la cláusula, pero también superar el control de abusividad conforme al artículo 3 de la Directiva.

Para ello resulta necesario atender a los pronunciamientos del TJUE sobre qué criterios ha se seguir el Juez nacional a la hora de valorar si una cláusula cumple o no con el requisito del justo equilibrio y de la buena fe entre las prestaciones de las partes.

La **Sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2013, (*Caso Aziz*, Asunto *C-415/11*)** recoge algunos de estos criterios:

"para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si ¿y, en su caso, en qué medida¿ el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas."

Esta misma línea mantiene en **la Sentencia de 16 de enero de 2014 , (*Caso Constructora Principado):***

" *Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descanse en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una le sión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra , como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales".*

La misma sentencia recuerda sus pronunciamientos anteriores y añade:

"En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva (LCEur 1993, 1071), el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objetodel contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demáscláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013 [TJCE 2013, 46] , Banif Plus Bank, C-472/11 , apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz [TJCE 2013, 89], antes citada, apartado 71)".

La referencia al cumplimiento de las exigencias de la buena fe fue aclarada también en la sentencia dictada en el *Caso Aziz*, la que contiene el siguiente parámetro de cumplimiento de la premisa de buena fe contractual:

"En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que... el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

2.- Decisión sobre su validez.

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 o 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 cliente. 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 porparte de la entidad sin necesidad de demostrar que para la misma se ha incurrido en un gasto, ni en su caso el importe alcanzadopor el mismo. Ello genera un desequilibrio entre las posiciones de las partes en el contrato que coloca a la parte prestamista y porderivación, a la fiadora, en una situación perjudicial, lo cual ha de ser reputado abusivo de conformidad con el artículo 3 de laDirectiva y el artículo 82 del TRLGDCU.

La *Audiencia Provincial de Guipúzcoa ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cláusulas similares, se cita la Sentenciade 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 una 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 demora.

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. En relación a los efectos de la nulidad, el contrato mantiene su vigencia y la cláusula se tiene por no puesta (artículo 10 de la LCGC y 83 del TRLGDCU).

La parte demandante solicita con carácter genérico en el suplico que como consecuencia de la declaración de nulidad las partes se reintegren recíprocamente lo que hubieran intercambiado con sus respectivos intereses. Sin embargo, no demuestra que dicha comisión se haya cobrado, por lo que no cabe acoger su pretensión de condena.

4.4.- La segunda, anterior en el tiempo es la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Donostia-San Sebastián 19/2015 de 2 de febrero (Ponente Sr. RODRÍGUEZ ACHUTEGUI).

4.4.1.- Declara la misma:

TERCERO.- **Sobre la comisión por reclamación de posiciones deudoras**

Entrando entonces al fondo de lo planteado, lo primero que plantea la parte demandante es la abusividad de la comisión contenida en la cláusula cuarta, que autoriza a reclamar 28 € por cada cantidad vencida y no pagada. El banco demandado no ha negado el carácter de condición general, por lo que son de aplicación los arts. 8.2 LCGC, que remite al art. 10 bis y la DA 1ª de la ya citada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente al suscribirse el préstamo original. El mencionado art. 10 bis consideraba abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

La comisión indemniza o remunera al banco de los gastos que padece cuando reclama un impago derivadodel préstamo. Es una comisión que se devenga cada vez que se produzca un impago, es decir, que opera " *por cada reclamación*". No hay prueba alguna de que responda a un coste real, pues ni siquiera se explica al contestar la razón de que sea dicha cantidad, que a todas luces no responde al coste de una llamada de teléfono que intime al pago, un correo electrónico con la misma finalidad, o una carta postal, de importe bastante inferior. No puede ser tampoco el coste de la reclamación judicial, cuyas reglas están previstas en el art. 394 LEC al disciplinar las costas.

Alega la demandada que ésta y las demás cláusulas se negociaron con los prestatarios. Quien sostiene tal afirmación ha de acreditarla, pues decía el art. 10 bis.1 LGDCU, vigente al suscribirse el contrato, que " *el profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba*". Nada alega el demandado, ningún documento presenta con su demanda y no hay otros elementos probatorios que permitan concluir que, como sostiene, hubo negociación de ésta u otras cláusulas.

Contamos por lo tanto con una condición general no negociada de manera efectiva, redactada e impuesta porel predisponente, que no responde al coste real de la reclamación de posiciones deudoras. En aplicación de los arts.8.2 LCGC y 10 bis y DA 1ª LGDCU es una cláusula abusiva, y por lo tanto nula, como ha indicado nuestra AudienciaProvincial en AAP Gipuzkoa, Secc. 2ª, 22 abril 2014, rec. 2062/2014, precisamente respecto de este tipo de comisionesen reclamación de pago.

En idéntico sentido, y para esa clase de comisiones, se han pronunciado las SAP Salamanca, Secc. 1ª, 8febrero 2010, rec. 57/2010 , SAP Jaén, Secc. 1ª, 3 mayo 2010, rec. 147/2010 , SAP Sevilla, Secc. 8ª, 10 marzo 2011, rec.265/2011 , SAP Madrid, Secc. 14ª, 13 mayo 2014, rec. 733/2013 , y SAP Málaga, Secc. 4ª, 23 mayo 2014, rec. 908/2012 , porlo que es procedente declarar la abusividad de la cláusula cuarta, que deberá ser apartada del contrato.

4.5.- En consecuencia, ha de desestimarse este motivo de impugnación.

DECIMOSEXTO.- No puede, tampoco acogerse la infracción del principio de seguridad jurídica alegado por la recurrente, en cuanto que una misma cláusula fuere calificada de modo contradictorio ora por la jurisdicción civil ora por la jurisdicción contencioso-administrativa, dado que una " *cláusula no puede ser abusiva para la Administración (y por ende para la jurisdicción contencioso-administrativa) y no serlo para la jurisdicción civil o la especializada mercantil, motivo por el cual toda autoridad en materia de consumo necesita como requisito previo e ineludible una resolución firme que determine la abusividad de las cláusulas concretas*", en clara infracción del artículo 83 del TRLGDCU y el principio de seguridad jurídica del artículo 9 de la CE de 1978, lo que exigiría aplicar una cierta " *prejudicialidad devolutiva*".

2.- No es aplicable al caso que nos ocupa. No existe prejudicialidad devolutiva entre la jurisdicción civil y la contencioso- administrativa que revisa el ejercicio de una potestad sancionadora administrativa. No es menester señalar que la " *función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, es una función que, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE , corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, o a la Administración bajo la fiscalización jurisdiccional en el caso de la potestad sancionadora administrativa (SSTC 16/1981, de 18 de mayo [RTC 1981,16], F. 2 ; 89/1983, de 2 de noviembre [RTC 1983, 89] F. 2 ; 105/1983, de 23 de noviembre [RTC 1983, 105], F. 1 ; 111/1993, de 25 de marzo [RTC 1993, 111], F. 5 ; y 31/1996, de 27 de febrero [RTC 1996, 31], F. 10, entre otras muchas)* (STJC-LM número 82/2001 de 2 de octubre, recurso de apelación 48/2001, Ar. 2002/14078).

2.1- Como ha señalado la STC del 28 de septiembre de 2009 (ROJ: STC 192/2009 - ECLI:ES: TC:2009:192) Sentencia: 192/2009 | Recurso: 700/2006 | Ponente: PABLO PEREZ TREMPS):

2. Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica *(art. 9.3 CE*), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva *(art. 24.1 CE*), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, *STC 60/2008, de 26 de mayo* , FJ 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, *STC 109/2008, de 22 de septiembre* , FJ 3).

Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento (por todas, *STC 34/2003, de 25 de febrero* , FJ 4).

3.- Empero la invocada prejudicialidad, sigue basándose en el motivo ya desestimado del requisito previo de la declaración civil del carácter abusivo de una cláusula para que pueda ser sancionada la entidad de crédito recurrente por la infracción de la legislación de consumo indicada. Aun cuando se pudiere admitir *"ad argumenta"* la exigencia de una previa declaración civil del carácter abusivo de este tipo de cláusulas, lo cierto es, como hemos señalado supra, que nuestros tribunales del orden civil - y especializados de mercantil- ya han calificado la *"abusividad*" de este tipo de cláusulas relativas a la comisión por gestión de impagados en los supuestos de posiciones deudoras, estructuralmente iguales a la que nos ocupa.

DECIMOSÉPTIMO.- No puede, además, acogerse el último motivo de impugnación de la resolución fundada en una supuesta infracción del artículo 130 de la LPAC, dado que 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.

Procede, en consecuencia, desestimar este motivo de impugnación, así como los anteriores.

DECIMOOCTAVO .- La actora impugna diversas sanciones de modo acumulado cuya suma asciende a 30.000 euros, por lo que no es admisible el recurso de apelación contra la sentencia dictada en las actuaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 de la LJCA

DECIMONOVENO .- No concurren las circunstancias para la no imposición de costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

FALLO:

Que debo desestimar y desestimo el recurso interpuesto por la recurrente con imposición de costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

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

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ