



Roj: **SJCA 1137/2016 - ECLI:ES:JCA:2016:1137**

Id Cendoj: **01059450032016100001**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **3**

Fecha: **01/09/2016**

Nº de Recurso: **71/2016**

Nº de Resolución: **179/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MANUEL CASTRO CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 179/2016

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

El Sr. D. MANUEL CASTRO CALVO, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de VITORIA - GASTEIZ ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 71/2016 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: ORDEN DE 01.12.15 DEL CONSEJERO DE SALUD DEL GOBIERNO VASCO, POR LA QUE SE RESUELVE EL PREVIO RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR BANCO DE SABADELL SA CONTRA LA RESOLUCION DE 25 DE AGOSTO DEL DIRECTOR DE KONTSUMOBIDE EN EL EXPEDIENTE SANCIONADOR 01/A001/7/2015 .

Son partes en dicho recurso: como *recurrente* BANCO DE SABADELL S.A. y, representado por el/la procuradora MARIA CONCEPCION MENDOZA ABAJO y dirigido por el/la letrado/a ANA MARIA MARTINEZ CARRILLO y como *demandada* INSTITUTO VASCO DE CONSUMO-KONTSUMOBIDE, representado/a y dirigido/a por el/la letrado/a de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. MENDOZA ABAJO actuando en nombre y representación de la entidad BANCO DE SABADELL S.A. se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden de 1 de diciembre de 2015 del Consejero de Salud del Gobierno Vasco, por la que se resuelve el recurso de alzada interpuesto por la parte actora contra la Resolución de fecha 25 de agosto de 2015, dictada por el Director de Kontsumobide - Instituto Vasco de Consumo, dictada en el expediente sancionador 01/A001/7/2015, y en virtud de la cual se impone a la recurrente una sanción de multa por importe de 30.000€ como consecuencia de la comisión de la infracción prevista en el artículo 50.4 g) de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre del Estatuto de las Personas consumidoras y Usuarías, en relación con los arts. 85.6 y 87.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, RDL 1/2007 de 16 de noviembre.

SEGUNDO.- Turnado que fue correspondió a este Juzgado incoándose el procedimiento abreviado 71/2016. Por decreto de 24-2-2016 se admite a trámite el recurso, se da traslado del mismo a la parte recurrida y se cita a las partes con las advertencias legales oportunas a la celebración de la vista el día 9/6/2016.

TERCERO.-En el día señalado se ha celebrado la vista con la asistencia de las partes en la forma indicada en el encabezamiento.

CUARTO.- En la vista, la parte recurrente se ratificó en la demanda, y la parte recurrida se opuso a la misma, siendo que tras la propuesta, admisión, práctica y valoración de la prueba obrante en autos quedaron los mismos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente procedimiento es la resolución Orden de 1 de diciembre de 2015 del Consejero de Salud del Gobierno Vasco, por la que se resuelve el recurso de alzada interpuesto por la parte actora



contra la Resolución de fecha 25 de agosto de 2015, dictada por el Director de Kontsumobide - Instituto Vasco de Consumo, dictada en el expediente sancionador 01/A001/7/2015, y en virtud de la cual se impone a la recurrente una sanción de multa por importe de 30.000€ como consecuencia de la comisión de la infracción prevista en el artículo 50.4 g) de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre del Estatuto de las Personas consumidoras y Usuarias, en relación con los arts. 85.6 y 87.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, RDL 1/2007 de 16 de noviembre.

En primer lugar se alega por la parte demandante la falta de competencia de la administración para la declaración de abusividad. La resolución sancionadora imputa a la recurrente una infracción consistente en la inclusión de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, según lo establecido en el art. 50.4.g) de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre, del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias . La recurrente se opone refiriendo que no han sido declaradas las cláusulas como abusivas por el órgano jurisdiccional que resulte competente según el art. 86.ter.2.d) de la LOPJ , con cita de jurisprudencia respecto de esta cuestión. Niega por tanto la competencia de la Administración autonómica para calificar de abusiva una cláusula contractual, así como también negará la competencia de este órgano judicial al apuntar como competentes únicamente a los juzgados del orden jurisdiccional civil.

Se alega la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Sancionador Administrativo, señalando que el "onus probandi" incumbe a la administración sancionadora, añadiendo que en la tramitación administrativa no se ha aportado prueba alguna de resoluciones judiciales que declarasen abusiva la concreta cláusula cuestionada de Banco Sabadell S.A. No existe en su opinión, prueba alguna que acredite la pretendida abusividad.

Se defiende en tercer lugar la validez de la cláusula referida, señalando existe efectivamente un servicio prestado por el cual se cobra la comisión incluida en el tipo de cláusula litigiosa y la no desproporción del coste de 35 euros.

Como ya se dijo, la recurrente finalmente refiere la imposibilidad de que se declare la abusividad de la cláusula por los órganos judiciales de este orden contencioso administrativo.

En conclusiones expone la recurrente que la administración carece de competencia para declarar abusiva la cláusula litigiosa, correspondiendo a los tribunales del orden jurisdiccional civil esa posibilidad. Señala asimismo que la jurisprudencia invocada por la administración en la resolución al recurso de alzada no declara en modo genérico la abusividad, sino que la declaración de la abusividad se vincula a la falta de acreditación del servicio prestado que motiva el devengo de la comisión.

Asimismo tanto el Banco de España como la Ley 10/2014 de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, sostiene la demandante, consideran legalmente exigibles y repercutible estas comisiones siempre que conste contractualmente por haber sido pactadas, que estén fijadas y que respondan a servicios efectivamente prestados. Por ello defiende la parte actora que la cláusula solo será abusiva si no se prueba el efectivo servicio prestado prueba que incumbiría a la administración al hallarnos en un procedimiento sancionador.

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

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

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

Dicho lo anterior, la administración continua con su argumentación citando la jurisprudencia que desde el orden jurisdiccional civil, ha entendido que cláusulas como la que nos ocupa, resulta abusiva.

Asimismo se remite al contenido de la resolución recurrida, desgranando las razones que se contienen en la misma, para entender que la cláusula analizada resulta abusiva, y en consecuencia imponer la sanción expresada.

De este modo la demandada apunta como razones para declarar la abusividad de la cláusula, las siguientes:



Que la comisión se devenga por la entidad 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. Se considera que esta situación genera un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio de las personas consumidoras que contratan con esa entidad un préstamo con garantía hipotecaria.

Se critican asimismo los términos genéricos de la redacción, sin límites temporales, cuantitativos o de otra índole, lo que constituye una fórmula excesivamente abierta y que viene referida a un concepto de reclamación que queda en la más completa indefinición.

Se trata además, de una condición general no negociada de manera efectiva y que está redactada e impuesta por el predisponente. Continúa señalando las carencias de la redacción de la cláusula, como la ausencia de necesidad alguna de acreditación de las gestiones de reclamación por las cuales se cobra la comisión y la automaticidad de su cobro sin discriminar en el importe por ninguna otra razón como la cuantía y duración del préstamo o el importe del incumplimiento, ni tampoco las condiciones personales del prestatario.

Finalmente la demandada destaca que la cláusula permite el cobro de cantidades por unos servicios cuyo coste real no se corresponde con el importe repercutido, así como que se duplican conceptos indemnizatorios que penalizan el retraso en el pago, entendiéndose que se penaliza nuevamente la situación de descubierto, que ya lo es a través de los intereses de demora.

TERCERO.- La primera cuestión a resolver se refiere a la falta de competencia de la administración para declarar abusiva una cláusula contractual y vinculada a esta alegación se invoca la falta de competencia de los tribunales de este orden jurisdiccional contencioso administrativo para pronunciarse sobre la misma materia. Todo ello gira en torno a la consideración de que con carácter previo son los órganos judiciales del orden jurisdiccional civil los que han de declarar la abusividad de una cláusula,

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

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

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

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

También hemos de mostrarnos contrarios a la necesidad de la previa declaración del carácter abusivo de una cláusula por la jurisdicción civil. Más bien nos hemos de mostrar de acuerdo con la afirmación de la demandada, al señalar que no es exigible esa previa declaración, 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 Usuarías en relación con el artículo 82, 85.6 y 87.6 del TRLGDCU de 2007.

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

"TERCERO.- Se plantea igualmente en la demanda la incompetencia de la Administración para sancionar los hechos objeto del presente procedimiento al tratarse de una relación de Derecho privado, por lo que se alega



que para la determinación de los posibles defectos -que se niegan- no es competente la Administración sino el orden jurisdiccional civil.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esto es así teniendo en cuenta que el Estatuto de Autonomía del País Vasco, (Ley Orgánica 3/1979 de 18 de diciembre), prevé en el art. 10.28 que es competencia exclusiva de la comunidad autónoma la de la "Defensa



del consumidor y del usuario.". Por otro lado el TRLGDCU (RDL 1/2007 de 16 noviembre) dispone en su art. 47.3 que: "3. Las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica y las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios."

Este juzgador considera acertadas las conclusiones de las resoluciones transcritas antes, y en consecuencia, el motivo por el cual se recurre se ha de desestimar, declarando la competencia de la administración para ejercer sus competencias sometiendo a análisis las cláusulas contractuales, sin entender que exista una competencia exclusiva para que solo a través de un pronunciamiento judicial del orden jurisdiccional civil, quepa entender que existe una cláusula abusiva. La administración, en el ejercicio de sus competencias, puede apreciar esa naturaleza abusiva, siendo diferentes los resultados y planos en los que se desatarán los efectos derivados de dicha apreciación en el marco de un proceso civil o en el marco de un procedimiento sancionador.

CUARTO.- Ya anunciada antes la posibilidad de que este órgano judicial valore, a los efectos prejudiciales, la existencia de una cláusula abusiva, procede examinar la existencia o no de la infracción sancionada, y para ello, se ha de examinar si la cláusula contractual señalada por la administración demandada, puede considerarse abusiva y por tanto si procede imponer una sanción por esta causa.

La parte demandante sostiene la validez de la cláusula empleada, conocida como "Comisión sobre posiciones deudoras", que permite efectivamente que la parte demandante, reclame y perciba, en su caso, una 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.

Podemos adelantar que asiste la razón a la administración al considerar la abusividad de dicha cláusula por las razones que expone en la resolución. Como se dijo antes la parte recurrente manifiesta que la cláusula no puede ser tenida por abusiva por sí misma, apuntando en la demanda que el Banco de España tiene establecido que esas comisiones son legalmente repercutibles siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse por lo que habrá de dirimirse en los procedimientos instados por las concretas acciones individuales ejercitadas por los afectados, si se prueba o no el efectivo servicio o la gestión realizada, y si la cuantía pudiese o no ser desproporcionada en atención al coste real del servicio prestado.

Esta tesis no puede ser admitida. En primer lugar la abusividad en abstracto de la cláusula es susceptible de ser apreciada y existe precisamente por su inconcreción. La postura de la parte actora le permitiría beneficiarse de la necesaria interpretación caso por caso que hubiera de hacerse de la cláusula, que como se ha dicho, por su indefinición, a priori permite desde luego interpretaciones nada ventajosas para el consumidor, beneficiándose la entidad bancaria de la mayor dificultad que entraña entablar un proceso judicial por parte de cada consumidor para discutir los perjuicios que se le irrogaren, por supuesto una vez causados.

La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª) en su Sentencia núm. 500/2015 de 26 noviembre , explica:

".- En segundo lugar, se combate en el recurso la apreciación de la abusividad de la comisión por devolución , que es igualmente considerada nula por la sentencia de instancia, habiendo descontado su importe de la reclamación del acreedor, el prestamista Santander Consumer, EFC, SA.

En el contrato de préstamo aparece prevista una comisión por devolución de un 5%, con un mínimo de 24 euros, especificándose que se percibirá una sola vez por cada cuota devuelta. En el caso de autos, la liquidación presentada por la entidad prestamista incluía por el indicado concepto la suma de 989,28 euros. La sentencia de instancia afirma que no responde a un servicio verdaderamente prestado, lo que sería contrario a la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que determina en su artículo 3 que " Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos ".

Santander Consumer alega en su recurso que esta comisión tiene como finalidad repercutir los gastos en los que incurre dicha entidad como consecuencia de las gestiones que ha de efectuar cuando un recibo es impagado por el prestatario. Señala que esta comisión es conforme con la norma que la regula, la que denomina Orden de Comisiones, que es la citada Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, pues a tenor de su artículo 3 las comisiones deben cumplir un doble requisito, que la comisión haya sido aceptada o solicitada en firme por el cliente y que responda a un servicio efectivamente prestado o a un gasto habido. Realmente, el artículo 3 de esa Orden no establece que "la comisión" haya sido aceptada o solicitada por el cliente, lo que no tiene mucho sentido; lo que dispone es que no puede cargarse por servicios no aceptados o solicitados



en firme por el cliente. El segundo de los requisitos (que responda a un servicio efectivamente prestado o gastos habidos), que para la apelante sería ahora el único a demostrar porque la sentencia aceptaría que se cumple el primero, también lo cumple -alega la apelante- por lo que se expuso anteriormente, esto es, porque a su entender repercute sobre la parte incumplidora los gastos derivados de las gestiones que debe prestar el personal de Santander Consumer cuando un recibo es impagado. Y como toda demostración de esas "gestiones", se remite al Hecho Cuarto de la demanda, en el que se dice que han resultado infructuosas las gestiones realizadas por la actora para resolver extrajudicialmente el objeto del presente procedimiento.

De esta forma, tanto la sentencia de instancia como la parte apelante relacionan la posible abusividad o no de la comisión por devolución con el cumplimiento o no de los requisitos que determina la Orden ministerial que la regula. De entrada, con independencia de si se cumplen o no esos requisitos, esta posición no puede aceptarse como punto de partida. El carácter abusivo de una cláusula contractual hay que vincularlo con el concepto de cláusula abusiva que nos da el artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) , a tenor del cual Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

En primer lugar, es posible el control de abusividad de esta cláusula porque la misma no define el objeto principal del contrato ni se refiere a la adecuación entre el precio y el servicio o bien, sino que regula un aspecto accesorio o secundario, como es la cantidad a pagar por el prestatario en caso de impago de alguna cuota, esto es, aparece vinculada al incumplimiento. Por ello no se ve impedido ese control por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) , del Consejo, de 5 de abril de 1993 , que solo prevé el control de transparencia (que se redacten de manera clara y comprensible) sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o que se refieran a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra.

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

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

Consecuencia de lo expuesto, se considera abusiva la cláusula contractual que establece la comisión por devolución descrita anteriormente. Por ello, dicha cláusula es nula de pleno derecho y se tiene por no puesta (artículo 83 del Texto Refundido de la LGDCU , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), desestimándose el recurso en este aspecto."

Esta resolución judicial, resulta muy ilustrativa, y a los efectos del procedimiento sancionador que nos ocupa, cabe señalar que la parte actora no acredita la existencia de gastos que justifiquen el cobro de dicha comisión, sin que sea necesario acudir al caso concreto para hacer dicha observación. Ya sea en concreto o en abstracto,



no se ha realizado una acreditación de posibles gastos, ni respecto de la relación de éstos con el precio único que se fija en la cláusula.

Con cita de otras resoluciones, también se pronuncia al respecto el Juzgado de lo Mercantil de San Sebastian, en la sentencia 73/2016 de 2 de marzo, con cita de la Audiencia Provincial de la misma plaza:

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

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

"En la cláusula se establece un recargo por parte de la entidad demandante, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte de la prestataria y de reclamación de la misma, sin que en el momento de contratar se refleje ni se informe sobre el coste de una actuación concreta que la misma deba desarrollar en caso de que el prestatario se encuentre en posiciones deudoras, sino que se trata de una cuota fija a abonar por el solo hecho de recibir una reclamación, que la Caja puede formular mediante una simple llamada telefónica. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar un requerimiento notarial ni de contratar los



servicios de un abogado para llevar a cabo una llamada o remitir una carta que los empleados de la demandada pueden realizar dentro de sus funciones sin que tal actuación suponga un coste adicional en los salarios que la Caja deba afrontar.

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

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

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

El mismo juzgado dictó una sentencia posterior, la 19/2015 de 2 de febrero, en la que se expone que:

"La comisión indemniza o remunera al banco de los gastos que padece cuando reclama un impago derivado del 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 por el 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 Audiencia Provincial en AAP Gipuzkoa, Secc. 2ª, 22 abril 2014, rec. 2062/2014, precisamente respecto de este tipo de comisiones en reclamación de pago.

En idéntico sentido, y para esa clase de comisiones, se han pronunciado las SAP Salamanca, Secc. 1ª, 8 febrero 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, por lo que es procedente declarar la abusividad de la cláusula cuarta, que deberá ser apartada del contrato."

Estas resoluciones refrendan las razones que se ofrecen en la resolución administrativa recurrida, para considerar que la cláusula utilizada es abusiva, y por consiguiente entender que se ha cometido la infracción sancionada. En resumen: existe competencia de la administración para realizar dicha valoración, como también existe en favor de este juzgado para conocer el recurso y pronunciarse, sin necesidad de abandonar el plano abstracto, sobre la abusividad de la cláusula, que según lo expuesto antes incurre en varios vicios desde la perspectiva del derecho de protección de consumidores y usuarios y que justifican la sanción impuesta por la infracción cometida.

Por lo expuesto el recurso se desestima.

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

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

FALLO

Desestimo íntegramente el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Dña. MARIA CONCEPCION MENDOZA ABAJO, actuando en nombre y representación de BANCO DE SABADELL



S.A., contra la resolución Orden de 1 de diciembre de 2015 del Consejero de Salud del Gobierno Vasco, por la que se resuelve el recurso de alzada interpuesto por la parte actora contra la Resolución de fecha 25 de agosto de 2015, dictada por el Director de Kontsumobide - Instituto Vasco de Consumo, dictada en el expediente sancionador 01/A001/7/2015, y en virtud de la cual se impone a la recurrente una sanción de multa por importe de 30.000€ como consecuencia de la comisión de la infracción prevista en el artículo 50.4 g) de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre del Estatuto de las Personas consumidoras y Usuarías, en relación con los arts. 85.6 y 87.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, RDL 1/2007 de 16 de noviembre. Con imposición de costas a la parte demandante.

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

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

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