



Roj: **SJCA 1138/2016 - ECLI:ES:JCA:2016:1138**

Id Cendoj: **01059450032016100002**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **3**

Fecha: **01/09/2016**

Nº de Recurso: **100/2016**

Nº de Resolución: **195/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MANUEL CASTRO CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 195/2016**

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 100/2016 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: RESOLUCION DE 25/08/15, DEL DIRECTOR DE KONTSUMOBIDE-INSTITUTO VASCO DE CONSUMO EN EL EXPEDIENTE SANCIONADOR 01/A001/6/2015..

Son partes en dicho recurso: como *recurrente* CAJA LABORAL POPULAR S.COOP. DE CREDITO y ,representado por el/la procurador7a MARIA CONCEPCION MENDOZA ABAJO y dirigido por el/la letrado/a JUAN JOSE VELASCO ECHEBARRIA y como *demandada* CONSEJERIA DE SALUD DEL GOBIERNO VASCO, 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 CAJA LABORAL POPULAR S.COOP. DE CREDITO se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden de 17 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/A001/6/2015, 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 100/2016. Por decreto de 14- 4-2016 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 15/7/2016.

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 17 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/A001/6/2015, 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.

Se alega la vulneración del principio de tipicidad, recogido en el art. 25 de la Constitución Española , refiriendo que la administración impone una sanción sin relación con la conducta sancionada sin que pueda subsumirse la acción sancionada en el tipo que se dice vulnerado, por falta de relación entre la cláusula que se considera abusiva y la sanción impuesta, al no existir vulneración alguna de los derechos reconocidos a los consumidores en el Título II de la Ley 6/2003 del Estatuto de las personas consumidoras. Se tacha de artificial la calificación de la conducta sancionada al imputar la vulneración de un derecho que no es capaz de identificar en la ley que se dice aplicada.

Se defiende en tercer lugar la validez de la cláusula referida, señalando que no cabe considerar la existencia de abusividad alguna en la misma, criticando los distintos aspectos que la resolución recurrida señala como propios de una cláusula abusiva, mientras que por otro lado defiende que cumple con los requisitos de claridad, transparencia y niega la automaticidad en la generación de la comisión.

Continúa la recurrente alegando la improcedencia de la calificación como grave de la infracción sancionada por no concurrir circunstancia agravante alguna, como señala la resolución combatida, del art. 52.1 e) en relación con el apartado 3 del mismo artículo.

Finalmente, se alega que siendo en todo caso de naturaleza leve la infracción sancionada, procede entender que conforme al art 62.1 de la Ley autonómica 6/2003 la infracción habría prescrito por el transcurso de un año desde su comisión.

La administración sostuvo en su contestación a la demanda, la validez de la resolución recurrida, alegando lo que tuvo por oportuno en la contestación a la demanda que efectuó en el acto de la vista y que daremos por reproducida aquí para evitar innecesarias reiteraciones.

SEGUNDO.- La primera cuestión a resolver es la relativa a la falta de competencia de la administración para declarar abusiva una cláusula contractual y que de forma indirecta implicaría 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 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 y al hecho de que la ausencia del mismo vulnere el principio de tipicidad.

Más bien nos hemos de mostrar de acuerdo con la afirmación de la demandada, al señalar que 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.

En este sentido cabe citar la STSJ, 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 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 d 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 11/1998 ), 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 Usuarías en relación con el 82, 85.6 y 87.6 del TRLGDCU 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 definitiva 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.

TERCERO.- Ya anunciada antes la posibilidad de que este órgano judicial valore a los efectos prejudiciales la existencia de una cláusula abusiva, procede examinar el aspecto relativo a la tipicidad de la infracción impugnada.

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 30,05 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.

Respondiendo a las primeras alegaciones de la recurrente en relación a la inexistencia de los derechos de los consumidores que se puedan ver afectados, resulta claro que la cláusula que se utiliza, en caso de considerarse abusiva se traduce en un perjuicio económico para el consumidor, dado que al entenderse como abusiva por la administración, la consecuencia teórica a los efectos de tipificar la infracción es que se pone en peligro el patrimonio del cliente, que puede verse disminuido por efecto de la cláusula señalada. Por ello considero que no está desacertada la parte demandada en la explicación que ofrece apuntando que se protegen los intereses económicos de los consumidores, derecho que es reconocido a los consumidores en las distintas normas legales de protección de los mismos.

La recurrente afirma que la cláusula ha sido negociada de forma individual con el cliente, siendo por tanto un producto de la autonomía de la voluntad. Sin embargo ningún esfuerzo se ha hecho para acreditar esta negociación individualizada, correspondiendo dicha carga a la recurrente, conforme a la normativa de protección de consumidores y usuarios, máxime cuando aparece en distintos contratos aportados que permiten observar como se trata de una cláusula tipo.

Se afirma por la recurrente que no es cierto que no concurra servicio alguno, o que no haya sido solicitado. También se opone al reproche que le hace la administración consistente en que "no se exige a la predisponente acreditar las gestiones de reclamación. Difícilmente puede ser creíble que el cliente solicite la inclusión de una cláusula de esa naturaleza, pero tampoco asiste la razón a la recurrente en las demás alegaciones que hace.





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 que se fija en la cláusula, sin que esto se vea alterado por el hecho de que se configure como precio máximo. La demandante alega que esa configuración permite una graduación en la fijación del gasto, pero lo que aquí ocurre es que no haya acreditación de gasto alguno.

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.

QUINTO.- Finalmente se ha de resolver el aspecto referido a la calificación de la infracción como grave, que conforme a la resolución recurrida se ampara en la aplicación del art. 52.1 e) en relación con el art. 52.3, agravando la calificación por la afección directa de la conducta infractora a un colectivo de personas especialmente protegido".

Asiste nuevamente la razón a la administración. El tipo de relación contractual en los supuestos que nos incumben, es decir, ante la firma de préstamos hipotecarios, se ve necesitado de una especial protección en aquellos casos, (como al menos dos de los tres que se aportan al expediente), en los que la parte prestataria hipoteca la vivienda que constituye su domicilio familiar. Cabe entender que las cláusulas abusivas en estos casos afectan a un colectivo que arriesga su propia vivienda, y que se ve entorpecida a la hora de poder concluir exitosamente el pago de la cantidad prestada, por cláusulas como la que aquí nos ocupa. Por ello se considera que el uso de la cláusula citada en contratos hipotecarios, cuando se puede afectar con ello (como ha resultado acreditado en el expediente y es absolutamente frecuente en la práctica), a consumidores que arriesgan la vivienda que constituye su domicilio familiar, permite la calificación como grave de la infracción cometida por aplicación de los preceptos señalados.

Manteniendo la calificación de la infracción como grave, queda claro que no cabe apreciar la existencia de prescripción alguna de la infracción.

Todo lo dicho antes conduce a la desestimación íntegra del recurso.

SEXTO.- 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 del los Tribunales Dña. MARIA CONCEPCION MENDOZA ABAJO, actuando en nombre y representación de CAJA LABORAL POPULAR S. COOP. DE CREDITO, contra la resolución Orden de 17 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/A001/6/2015, 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, manteniendo ésta resolución su validez. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ