

Roj: **SJCA 1/2017 - ECLI:ES:JCA:2017:1**Id Cendoj: **01059450012017100001**Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**Sede: **Vitoria-Gasteiz**Sección: **1**Fecha: **16/01/2017**Nº de Recurso: **208/2016**Nº de Resolución: **8/2017**Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **CARLOS MARIA COELLO MARTIN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N° 8/2017

En VITORIA-GASTEIZ, a dieciséis de enero de dos mil diecisiete

El Sr. Don 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 208/2016 y seguido por el procedimiento ORDINARIO, en el que se impugna: ORDEN DE 05-04-2016 DEL CONSEJERO DE SALUD DEL GOBIERNO VASCO, POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR EL BANCO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 18-11-2015 DICTADA POR LA DIRECTORA DE **KONTSUMOBIDE**/INSTITUTO VASCO DE CONSUMO EN EL EXPEDIENTE SANCIONADOR NUM000 , CONFIRMANDO EN TODOS SUS EXTREMOS LA INDICADA RESOLUCIÓN, POR LA QUE SE IMPONE UNA SANCIÓN PECUNIARIA POR IMPORTE DE 40.000 EUROS POR LA COMISIÓN DE UNA INFRACCIÓN TIPIFICADA EN LA LEY 6/2003 DE 22 DE DICIEMBRE.

Son partes en dicho recurso: como recurrente BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por la Procuradora Sra. SOLEDAD CARRANCEJA DIEZ y dirigido por el Letrado Sr. FUERTES MARTÍNEZ; como demandada INSTITUTO VASCO DE CONSUMO-**KONTSUMOBIDE**, representado y dirigido por el LETRADO DE SUS SERVICIOS JURÍDICOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. CARRANCEJA DIEZ actuando en nombre y representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL SA se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden de 5 de abril de 2016 del Consejero de Salud del Gobierno Vasco por la que se resuelve el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 18 de noviembre de 2015 dictada por la Directora de **Kontsumobide**/Instituto Vasco de Consumo en el expediente sancionador NUM000 confirmando en todos sus extremos la indicada resolución por la que se impone una sanción pecuniaria por importe de 40.000 euros por la comisión de una infracción tipificada en la ley 6/2003 de 22 de diciembre.

1.1.- La firma recurrente comparece asistida por el Letrado Sr. FUERTES MARTÍNEZ, del ICAM.

SEGUNDO.- Turnado que fue correspondió a este Juzgado incoándose el procedimiento ordinario 208/2016.

TERCERO.- La sociedad accionante dedujo la demanda el 3 de octubre de 2016 y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que su interés pluguió solicitó el dictado de una Sentencia por la que "estimándolo, anule y deje sin efecto la resolución impugnada por no estar ajustada a derecho, ordenando la devolución de lo ingresado con los correspondientes intereses de demora e imponga las costas a la Administración demandada".

CUARTO. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

La representación de la Administración demandada contestó a la demanda en escrito del 31 de octubre 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,



QUINTO.- 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 entidad bancaria accionante impugna la Orden de 5 de abril de 2016 del Consejero de Salud del Gobierno Vasco por la que se resuelve el recurso de alzada interpuesto por la actora contra la resolución de 18 de noviembre de 2015 del organismo **Kontsumobide** por la que se imponen a la sociedad accionante una sanción de multa de 40.000 euros por la comisión de una infracción grave en materia de consumo, contemplada en el art. 50.5 b) de la ley 6/2003, de 22 de diciembre, del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias, en relación con el artículo 47,4 del TRLGDCU.

1.1.- La sanción impuesta por **KONTSUMOBIDE** se funda en el incumplimiento de dos requerimientos de información notificados a la entidad financiera recurrente. Según el artículo 50.6 b) de la Ley 6/2003 de 22 de diciembre :

5.- Constituyen infracciones en materia de información, vigilancia, investigación, inspección, tramitación y ejecución: b) La resistencia negativa u obstrucción a facilitar los labores de inspección o a suministrar datos o informaciones solicitadas por las autoridades competentes o sus agentes en el desarrollo de sus funciones de información, vigilancia, investigación, inspección, tramitación la ejecución, así como si suministro de información inexacta o documentación falsa y en particular el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 46 de esta ley .

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, "estimándolo, anule y deje sin efecto la resolución impugnada por no estar ajustada a derecho, ordenando la devolución de lo ingresado con los correspondientes intereses de demora e imponga las costas a la Administración demandada".

TERCERO.- SOBRE EL PRIMER MOTIVO DE IMPUGNACIÓN:

1.- Sostiene la actora que los requerimientos acordados por el organismo demandado no nacen de ninguna "denuncia recibida de consumidores por incidencias surgidas al reclamar al banco posiciones deudoras de sus clientes".

2.- Señala la representación procesal de la recurrente que no tiene obligación de facilitar la información y documentación requerida al Banco, por lo que no cabe requerir el cumplimiento de obligaciones inexistentes, dado que el artículo 48 de la Ley 6/2003 "no puede legitimar, ni legítima, cualquier requerimiento practicado por la inspección de consumo, ya que sus facultades no son omnímodas, debiendo ejercer las potestades administrativas en materia de disciplina de mercado y de defensa de las personas consumidoras tal y como dice la propia Ley dentro de su ámbito competencial (art. 43.1), documentarse mediante actas (art. 47) y limitarse a la exigida legalmente, sea relevante al caso y necesaria para determinar la responsabilidad (art. 48).

3.- Añade la recurrente que en el caso analizado no es competente la CA, dado que la "actuación inspectora no se ha documentado mediante acta y ninguna norma legal obliga al Banco a facilitar a la inspección de consumo de la CA la información y documentación a la que se refieren los requerimientos".

3.1.- Añade que aun cuando existiera esa norma (quod non) sería necesario justificar la relevancia de lo interesado, lo que exige que el requerimiento que se practique, "como acto que concreta e individualiza el supuesto deber general de información, precisa de motivación, la cual ha de referir la norma en que se ampara, los hechos que se investigan y la justificación del requerimiento extremos todos ellos que aquí no han sido debidamente cumplimentados, puesto que: a) la norma en cuestión no puede ser la que la resolución menciona pues tal precepto no es una norma habilitante sino que simplemente se refiere de forma genérica a facilitar la documentación exigida legalmente; b) los hechos concretos que se investigan y el resultado de la investigación deberían de haberse hecho constar en acta aquí omitida; c) la Cláusula de reclamación de posiciones deudoras, ya se transcribe en el propio requerimiento por lo que resulta innecesaria su aportación, d) su utilización y cobro de comisiones están autorizadas por el Banco de España sin que exista ninguna obligación de suprimirlas o modificarlas; e) es necesario justificar que lo que se requiere será relevante a los efectos de la inspección que se realiza, justificación que aquí no se expresa y desde luego no lo es la existencia de la cláusula en cuestión que es lícita y su eventual "carácter abusivo" (que no deriva de la mera existencia de la cláusula sino de su



aplicación efectiva en cada caso concreto) no puede ser valorado por este Instituto", como erróneamente dice el requerimiento de **KONTSUMOBIDE**.

2.- En un orden formal señala que el citado requerimiento es un acto formal que no puede ser considerado como un mero acto de trámite, puesto que se trata de un acto volitivo de la Administración que individualiza y concreta en el requerido la (supuesta) obligación genérica de informar, imponiéndole una obligación de hacer y por tanto, susceptible de ser reclamado en la vía administrativa", lo que obliga a poder reaccionar y poder interponer el recurso correspondiente.

CUARTO.- SOBRE EL SEGUNDO MOTIVO DE IMPUGNACIÓN: INCOMPETENCIA DE **KONTSUMOBIDE**.-

1.- Sostiene la actora que no concurre la infracción por la que ha sido sancionadora la firma bancaria recurrente toda vez que la entidad demandada no es competente para dictar los requerimientos indicados en relación con la firma bancaria recurrente.

1.1.- La cuestión de la falta de competencia de **KONTSUMOBIDE** se articula, en el recurso en dos escalones, en el primer escalón la falta de competencia sería tanto objetiva - por razón de la naturaleza del servicio financiero-cuanto subjetiva- por razón de la naturaleza de la entidad financiera sólo sujeta al control ora del Banco de España ora de la CNMV; y en segundo lugar invoca una especie de prejudicialidad civil como requisito para el ejercicio de la competencia administrativa sancionadora en materia de consumo. La recurrente pone el acento, en estos argumentos de impugnación, en la necesidad de que previamente sea declarado el carácter abusivo de una cláusula predispuesta contractual por un tribunal del orden civil, para que pueda ser sancionada la entidad financiera con arreglo a la legislación y por la autoridad de consumo, en este caso autonómica, de la CAPV.

1.2.- Hay que acotar, no obstante, como hay señalado la representación procesal de la demandada, que la entidad financiera en este concreto expediente sancionador no ha sido sancionada por la utilización de una cláusula predispuesta contractual, sino por otro tipo de ilícito sustancialmente distinto, como ha sido el no haber cumplimentado los dos requerimientos de documentación interesados por la autoridad vasca de consumo en relación con la cláusula de reclamación de posiciones deudoras.

1.3.- La representación de la actora, con expresa invocación de la STJ de Andalucía de 2 de mayo de 2015, señala, en esa línea argumental, que la competencia para declarar abusiva una cláusula requiere la previa declaración de abusividad acordada por un juez civil, careciendo "a tal efecto competencia a los órganos de la administración ni en las normas autonómicas", o con cita de la Jnº 3 de 21 de octubre de 2015.

1.4.- Señala la actora, para sostener esa falta de competencia de la autoridad vasca de consumo para sancionar a la entidad recurrente, en relación con la invocación del artículo 47.3 de la LGDCU y el artículo 14.2 de la Orden ENA/2899/2011, que una cosa es la competencia en materia de consumo en general y otra la específica en materia de protección de los usuarios de los servicios financieros que prestan las entidades de crédito cuya competencia (legislativa y de ejecución) corresponde al estado y no a las CCAA.

1.3.- En efecto, recalca que la competencia sobre las bases de la ordenación del crédito y la banca corresponde exclusivamente al Estado tal y como establece el artículo 149.1.11 de la CE, "cuya norma básica fundamental en la actualidad es la Ley de Ordenación de las Entidades de Crédito (Ley 10/2014), y en ese ámbito competencia se dictó la Orden ENA/2899/2011 de 28 de octubre, que implanta, como decimos medidas de transparencia específicas en la prestación de servicios financieros".

1.5.- Recalca que no cabe aplicar las normas generales de protección de los consumidores sino las específicas que afectan a los servicios financieros como viene declarando reiteradamente el TC, y que por razón de su especialidad son de aplicación preferente a aquellas, y correspondiente las mismas al Banco de España, entidad que, además supervisa su actuación financiera, incluyendo el clausulado de sus servicios financieros.

1.6.- Acudiendo al citado principio de especialidad la STJ de Andalucía de 11 de febrero de 2016 rechazó la competencia de la CCAA para sancionar a una entidad bancaria por una supuesta infracción en materia del mercado de valores, dado que corresponde a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

QUINTO.- SOBRE EL TERCER MOTIVO: LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL BANCO DE ESPAÑA

1.- Sostiene la demandante que la resolución sancionadora es nula de pleno derecho al amparo del artículo 62.1 e) de la LPAC, al omitir el trámite esencial previsto en la legislación de ordenación y supervisión de las entidades financieras, cuyas normas "imponen la intervención del Banco de España" en los expedientes sancionadores incoados con expresa cita de la doctrina constitucional (STC 96/1996 de 30 de mayo).

SEXTO.- SOBRE EL CUARTO MOTIVO. VULNERACIÓN DE ESENCIALES PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORES.



1.- Sostiene la actora que la resolución sancionadora vulnera principios esenciales de la potestad sancionador como son los de tipicidad y de culpabilidad.

1.1.- Señala en relación con la infracción del principio de tipicidad que no concurre el supuesto "pues al margen de la incompetencia de **KONTSUMOBIDE** no cabe requerir la aportación de documentos no exigidos por las normas aplicables o que se encuentran en poder de la administración actuante (art. 35. f) de la LPAC), como aquí sucede, "la cuantía fija de la comisión es lo procedente, cualquiera que sea el importe de la posición deudora reclamada, y no existe automatismos aplicando la comisión al producirse una posición deudora vencida o excedida, pues solo se percibe cuando concurriendo tal circunstancia, el Banco realiza efectivamente la reclamación de la posición deudora.

2.- Señala en relación con la infracción aludida del principio de culpabilidad por cuanto "nos encontraríamos ante una diferencia razonable de criterios acerca del alcance de las facultades de inspección y control establecidas en la Ley /2003, lo cual excluye la culpa necesaria para sancionar, aparte de que el necesario respeto al derecho de defensa impone que el requerido tenga la posibilidad de reaccionar frente a la posible ilegalidad del requerimiento aquí eliminado, pues tras los requerimientos se ha procedido a la incoación del procedimiento sancionado", culpabilidad que corresponde a la Administración pública su prueba (STS de 28 de abril de 2016).

SÉPTIMO.- SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.

1.. Sostiene la demandante que admitiendo "ad argumenta" la concurrencia de una infracción única y exclusivamente podría calificarse como "leve" de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.2 de la Ley 6/2003 .

1.1.- Aduce la actora que tanto en la propuesta de resolución como en el acuerdo sancionador la infracción se califica como grave en razón de la reincidencia", pero que según el artículo 52.4 de la Ley no "existe constancia de la comisión en el transcurso de un año de dos o más infracciones de la misma naturaleza en el transcurso de un año", pero en el expediente no existe constancia de la comisión de dos infracciones leves.

2.- Sostiene además la recurrente que en la resolución del recurso de alzada ya no hace mención alguna a la reincidencia sino que deriva la gravedad del grado de culpabilidad", lo que supone una "anomalía" al fundar ahora la gravedad en una circunstancia distinta de la expresada en el acuerdo sancionador", por lo que de existir infracción solo podría calificarse como leve y sancionarse en su grado mínimo, por cuanto aun cuando cita el artículo 54 de la Ley que establece los criterios para la graduación de las sanciones "no indica si en nuestro caso concurre alguno" de dichos criterios o circunstancias.

OCTAVO.- Conviene acotar los términos del debate. La entidad financiera recurrente, como ha señalado la representación de la demandada, no ha sido sancionada por la utilización, en su caso de cláusulas abusivas, en este caso en relación con las cláusulas de reclamación de posiciones deudoras, empleadas, al parecer, por la entidad financiera recurrente en sus préstamos con garantía hipotecaria, sino, por no haber atendido y cumplimentado los requerimientos de información notificados a la entidad financiera accionante acordados por la autoridad vasca de consumo.

1.1.- Según consta en las actuaciones la autoridad vasca de consumo notificó en el plazo de un año, dos requerimientos de notificación documental a la entidad financiera recurrente, sin que en ninguno de los dos supuestos por parte de la demandante se cumplimentara ninguno de los dos requerimientos efectuados. La concurrencia de dos infracciones leves- no atender los requerimientos de información- en el plazo de un año se subsume en el tipo de la infracción grave según lo dispuesto en el artículo 50.5 b) en relación con los artículos 44, 46.3, 46,8, 48 y concordantes de la Ley autonómica de 2003, en relación con lo prevenido en el artículo 81 del TRLGCDU, están "obligadas a remitir las condiciones generales de contratación que integren dichos contratos, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, al objeto de facilitar el estudio y valoración del posible carácter abusivo de determinadas cláusulas y, en su caso, ejercitar las competencias que en materia de control y sanción les atribuye esta ley".

2.- Tratándose como se trata de una infracción y consecuente sanción en materia de consumo la administración competente es la autoridad de consumo correspondiente, en este caso, en el ámbito de la CAPV, el Instituto Vasco de Consumo- **KONTSUMOBIDE**, dado que la relación jurídica deriva de un contrato sujeto a la legislación de consumo (sin entrar en la distinción entre cliente de servicio bancario o inversor o los problemas de competencias entre el Banco de España y la propia CNMV en los casos de vinculación entre productos bancarios, de inversión y derivados etc.).

2.1.- La aplicación de un ordenamiento sectorial bancario ni desplaza ni agota las relaciones jurídicas de la entidad financiera con sus clientes a la hora de formalizar contratos de préstamos con garantía hipotecaria. Esa construcción de un ordenamiento sectorial bancario, de carácter estatutario y en el que las relaciones



jurídicas y actuaciones de las entidades inscritas en los registros de entidades financieras o crediticias, no se limitarían a la relación con el supervisor bancario (BE y BC) o el intendente del mercado de valores (CNMV), más allá de que ninguna de las dos entidades alegadas se dedican realmente, por utilizar una machadiana expresión, a esas "diminutas ferocidades", nos retrotrae a un "derecho comercial estatutario", en este caso bancario. Baste, además, acudir a las normas de la legislación básica de consumo, que traspone las directivas comunitarias en materia de consumo, singularmente a los artículos 1, 2, 3, 4, 8, 15, 17, 19, 20, 46 y ss., 59, 59 bis, 62, 63, 80 a 91 y 93 del TRLGDCU aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre para colegir la competencia general de la autoridad de consumo competente, y sin se establezca ninguna exención subjetiva "estatutaria", en los términos Indicados, ni ninguna exención objetivo por el tipo de contrato que incluya a un préstamo con garantía hipotecaria a un cliente particular, cuya relación es, sustancialmente, la de un consumidor con la entidad prestamista en este caso, como ha señalado la jurisprudencia comunitaria "toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional", e incluso en nuestro ordenamiento nacional, como ha señalado la doctrina científica más autorizada, también se protege como consumidores a las personas jurídicas en relación con préstamos o créditos hipotecarios (art. 1.1.b Ley 2/2009 LCCPCH similar en dicción en lo demás al art. 3 TR-LGDCU), telecomunicaciones (anexo II, nº 4 LGT y concordantes), electricidad (art. 9 Ley 54/1997), etc. (CÁMARA LAPUENTE).

2.2.- Como ha señalado la STS (Civil) 265/2015 de 22 de abril (r.c. 2351/2012):

1.- La jurisprudencia de esta Sala (sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio , núm. 241/2013, de 9 de mayo , 166/2014, de 7 de abril , 246/2014, de 28 de mayo , 464/2014, de 8 de septiembre , 677/2014, de 2 de diciembre) ha considerado que la contratación bajo condiciones generales constituye un auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en el Código Civil. Su eficacia exige que, además de la prestación del consentimiento del adherente a la inclusión de unas cláusulas redactadas de un modo claro y comprensible, y transparentes en sus consecuencias económicas y jurídicas, el profesional o empresario cumpla unos especiales deberes de configuración del contrato predispuesto en el caso de cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores, que supongan el respeto, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. De ahí que el art. 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios considere cláusulas abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente 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; el art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación prevea que "serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor"; el art. 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (como antes hacia el art. 10.bis 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) establezca que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas»; y el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE , de 5 abril, sobre cláusula abusivas en contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 1993/13/CEE) disponga que "los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional". Lo expuesto supone que, tratándose de cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, la ausencia de vicios del consentimiento o, lo que es lo mismo, que el consumidor haya prestado válidamente su consentimiento al contrato predispuesto por el profesional, Incluso en el caso de cláusulas claras, comprensibles y transparentes, no es obstáculo para que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas cuando, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Es más, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE ha resaltado la importancia que en el sistema de Derecho comunitario tiene el control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores, La STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 , caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, ha declarado que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público, y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (apartados 43 y 44). En conclusión, el cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva 93/13/CEE ha forjado como un principio de interés general del Derecho de la Unión la supresión de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores. Este interés general, situado en el terreno de los principios y por encima del interés particular de cada consumidor en cada caso concreto, es el que justifica la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, y que, como veremos más adelante, tal desvinculación deba ser apreciada de oficio



por los órganos judiciales, en una dimensión que entronca con el orden público comunitario. La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio esencial del ordenamiento jurídico (artículo 169 TFUE), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos

3.- No está impugnando la entidad financiera recurrente una sanción en materia de disciplina de mercado, cuya competencia corresponde a la CNMV, por lo que procede desestimar ese motivo impugnatorio.

4.- No se está impugnando, tampoco, una sanción en materia de ordenación bancaria dentro del ámbito competencial reservado a las CCAA que exija, para la imposición de la sanción de consumo, el previo Informe del Banco de España, por lo que procede desestimar ese motivo impugnatorio, sin perjuicio, además de que tal argumentación no encaja tampoco con las competencias autonómicas de la CAPV en materia de ordenación del crédito, reconocidas por la legislación sectorial correspondiente de modo que "la potestad de controlar o verificar si se cumplen las disposiciones vigentes es inherente a la competencia de ejecución, y (...) no vulnera el bloque de la constitucionalidad si su ejercicio no impide o dificulta el ejercicio de sus competencias por parte del otro poder público (STC 134/1992 , fundamento jurídico 3.º)", y que "las competencias de información e inspección que corresponden al Banco de España no perjudican la potestad que ostentan las autoridades autonómicas para controlar el cumplimiento de aquellas normas de ordenación del crédito cuya ejecución les corresponde (STC 1/1982 , fundamento jurídico 13) STC 95/1996 , FJ 26.).

6.- Pero como hemos señalado la sanción impuesta a la entidad financiera recurrente es una sanción en materia de consumo por no haber cumplimentado los dos requerimientos de información que le fueron notificados por la Autoridad Vasca de Consumo, la concurrencia de esas dos infracciones leves en el plazo de un año configura el tipo del ilícito por el que ha sido sancionada la entidad bancada accionante, al amparo del artículo 50.5 b) de la Ley de 2003.

NOVENO.- SOBRE LA COMPETENCIA DE **KONTSUMOBIDE** PARA SANCIONAR POR LA COMISIÓN DE INFRACCIONES EN MATERIA DE CONSUMO EN EL ÁMBITO DE LA ACTUAL CAPV.

1.- Como hemos señalado anteriormente la argumentación de la recurrente se funda sustancialmente, en que la entidad demandada carece de competencia sobre la actividad del banco recurrente, y en consecuencia, ni puede requerirle ni puede sancionarle por motivos de consumo, dado que el banco está sujeto ora a la supervisión del Banco de España ora a la supervisión de otra agencia o intendencia del estado (léase CNMV, etc.).

1.1.- Ya hemos desestimado este motivo general impugnatorio en los rubros anteriores. La Autoridad vasca de consumo requirió, en el ámbito de sus competencias en materia de consumo (y son relaciones sujetas a la legislación de consumo las de un particular con la entidad financiera correspondiente como ha venido señalando la jurisprudencia comunitaria), determinada documentación relativa a la utilización de una cláusula de reclamación de posición deudora, que todo hay que decirlo, se había ya calificado como abusiva en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia civil.

2.- Este es el segundo y concatenado motivo de impugnación, de suerte que la tesis principal de la recurrente es que la Administración demandada no puede sancionar al amparo de lo dispuesto en el artículo 50. 5. b) del Estatuto de las Personas Consumidoras en relación con los artículos 81 y concordantes 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. Ya hemos indicado que el Banco recurrente no ha sido sancionado por "utilizar cláusulas abusivas", sino porque no cumplimentó los dos requerimientos de información que le fueron notificados en el plazo de un año.

2.1.- En este caso, además, la recurrente, según se colige de sus alegaciones en vía administrativa y en vía contencioso- administrativa, la incompetencia vendría determinada por los motivos anudados indicados: a) que la entidad financiera solo está sujeta al régimen disciplinario del banco de España según la legislación de ordenación bancaria; b) que la determinación del carácter abusivo de una cláusula corresponde a la jurisdicción civil.

2.2.- Por estos dos títulos, no sujeción a la potestad en materia de consumo del banco recurrente y la necesaria previa declaración del carácter abusivo de la cláusula correspondiente por un tribunal del orden civil sostiene la incompetencia del instituto autonómico demandado.

3.- Como hemos señalado esta cuestión de la competencia en materia de consumo del organismo **KONTSUMOBIDE** está presente en todo el recurso de la actora.

3.1.- A juicio de la actora, la servicios financieros que presta la entidad recurrente no están sujetos a las potestades en materia de consumo reconocidos a **KONTSUMOBIDE**, sino que en virtud de su condición de



entidad de crédito, está sujeta en exclusiva a la supervisión del Banco de España, según los artículos 1 y 4 y concordantes de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

3.2.- Los servicios financieros como el indicado estarían, a juicio de la actora, excluidos en virtud del principio de especialidad de la competencia de la autoridad de consumo correspondiente en exclusiva la potestad de investigación, comprobación y en su caso, sanción, al Banco de España.

4.- No puede acogerse este motivo de impugnación relativo a la falta de competencia de **KONTSUMOBIDE** para requerir y sancionar a la entidad demandante por no haber cumplimentado los dos requerimientos de información acordados, que aun cuando se sustancia como primero de los motivos del recurso, está presente en la totalidad de los motivos articulados. Y lo hace en dos sardineles: en un primer sardinel se niega la competencia de la autoridad autonómica para sancionar al tratarse de unos servicios financieros solo sujetos a la competencia del Banco de España, y en un segundo sardinel, solo se justificaría la competencia de la autoridad autonómica de consumo, una vez que, en su caso, se hubiere declarado que la cláusula 3.2. (Gastos de comunicación y gestión por petición de reembolso de posiciones deudoras), hubiere sido declarada "abusiva" por un tribunal del orden civil, se justificarla, en su caso, el título de intervención de la agencia demandada, y sin que pueda justificarse su propia competencia administrativa por el requerimiento de documentación relativo a la cláusula indicada, acordado por **KONTSUMOBIDE**.

4.1.- Ha de señalarse, que en el primer requerimiento de documentación notificado a la sociedad financiera actuante, se interesó de la misma que comunicara a "este instituto las medidas adoptadas por esa entidad en orden a la supresión o modificación de la referida cláusula de reclamación de posiciones deudoras que, en sus actuales términos, provoca situaciones de menoscabo jurídico para las personas consumidoras" (vide folios 1 y ss del expediente).

4.2.- En el segundo requerimiento efectuado, y cuyo incumplimiento constituye la segunda infracción leve que integra con la anterior el tipo de la infracción grave aplicado, se requería a la demandada para que el "plazo máximo de un mes desde la recepción de la presente, remitan el modelo normalizado/copia de algún contrato en vigor de préstamo con garantía hipotecaria - referido al ámbito territorial de la CAPV- otorgada por BANCO POPULAR SA. donde conste el texto de la referida comisión por comunicación de posiciones deudoras, para que su eventual carácter abusivo sea valorado por este instituto" (vide folio 16 y ss del expediente administrativo).

5.- En efecto, como hemos señalado supra, el instituto demandado ha sancionado a la entidad financiera recurrente no por una sanción en materia de disciplina del mercado de valores (competencia de la CNMV o agencia que la sustituya), o de ordenación del crédito (competencia del Banco de España o de la administración supervisora última en su caso), sino por el incumplimiento de su deber de informar y de aportar la documentación que mediante los dos requerimientos indicados, el de 28 de enero de 2015 (folio 1 del e.a) y el de 13 de mayo de 2015 (folio 18 del e.a) le fueron notificados.

5.1.- Los dos incumplimientos, además, como consta en el expediente administrativo le fueron notificados dentro del plazo de 1 año, y el consecuente incumplimiento también.

6.- La tesis central de la representación procesal de la actora es que su condición de entidad financiera le dota de una posición jurídica singular, un derecho estatutario bancario, por lo que solo esta obligada a contestar requerimientos de documentación mercantil, financiera o bancada, ante los órganos supervisores, sea el Banco de España o sea la CNMV.

7.- No puede acogerse esa interpretación del derecho estatutario bancario de la recurrente que le permite crear una suerte de posición jurídica inmune al ejercicio de las competencias de otras autoridades públicas, en este caso las competentes en materia de consumo en el marco de la CAPV como es, estatutaria y legalmente, el caso de **KONTSUMOBIDE**.

7.1.- La relación jurídica singular o especial que define el estatuto jurídico de una entidad financiera como la accionante ni excluye ni desplaza la aplicación del resto del ordenamiento jurídico.

8.- En el caso que nos ocupa, además, si acudimos al "grupo normativo" en materia de regulación de la ordenación del sector bancario cuya ley cabeza de grupo es la indicada, establece la competencia de determinadas agencias (así el Banco de España o la CNMV) para el control y supervisión de las entidades de crédito como la recurrente, pero ese control "estatutario", no solo no excluye, sino que se ve completado con el control general de la autoridad o autoridades de consumo en virtud de la legislación tanto bancaria cuanto de consumo. Basta para ello hacer una breve cata en la legislación sectorial invocada como "espacio de inmunidad estatutaria" por la entidad financiera recurrente.



8.1.- Así en los artículos 3 , 8 , 16 , 24 de la Ley 7/1998, de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación.

8.2.- Según lo dispuesto en los artículos 1 , 3 , 15 y 18 de la Ley 22/2007, de 11 de julio , sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores

8.3.- Y así se colige de lo dispuesto en los artículos 1 , 1.3, 2 , 4 , 9 , 11 , 12 y 13 y 14.3 y 14.4 de Ley 2/2009, de 31 de marzo , por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, o según lo dispuesto, ae., en el artículo 50 de la Ley 16/2009 de 13 de noviembre , de servicios de pago.

8.4.- Dado que ha sido, además, expresamente invocada por la representación procesal de la entidad financiera recurrente, baste a esos efectos remitirse a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 14 de la Orden ENA/2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que establece expresamente una reserva de las competencias en materia de legislación de consumo:

1. Lo previsto en esta orden tendrá la condición de normativa de ordenación y disciplina, conforme a lo previsto en los artículos 1.5 y 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio , y 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible , y su incumplimiento se sancionará de acuerdo con lo previsto por la propia Ley 26/1988, de 29 de julio.

2.- El incumplimiento de lo previsto en esta orden se sancionará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 22/2007, de 11 de julio , sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en los casos en los que la misma les resulte de aplicación.

3. El régimen específico establecido en la presente orden se aplicará sin perjuicio de la legislación general sobre consumidores y usuarios.

9.- Y como hemos señalado anteriormente baste, además, acudir a las normas de la legislación básica de consumo, que traspone las directivas comunitarias en materia de consumo, singularmente a los artículos 1 , 2 , 3 , 4 , 5 , 15 , 17 , 19 , 20 , 46 y ss., 59, 59 bis, 62, 63, 80 a 91 y 93 del TRLGDCU aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre para colegir la competencia general de la autoridad de consumo competente, y sin se establezca ninguna exención subjetiva "estatutaria", en los términos indicados, ni ninguna exención objetiva por el tipo de contrato que incluya a un préstamo Con garantía hipotecaria a un cliente particular, cuya relación es, sustancialmente, la de un consumidor con la entidad prestamista en este caso, como ha señalado la jurisprudencia comunitaria "toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional".

DÉCIMO.- 1.- Completada esa revisión de la actuación del Instituto vasco de consumo **KONTSUMOBIDE** demandado en estas actuaciones, su competencia, además, de las normas estatutarias y autonómicas invocadas, deriva de lo dispuesto en los artículos 1 , 2 , 10 , 17 , 19 , 46 , 49 , 53 , 54 , 80 , 82 , 83 y 84 y concordantes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias , por lo que no puede acogerse la alegación nuclear de la demanda de la entidad financiera recurrente que no era otra que la falta de competencia del IVC **KONTSUMOBIDE** para requerir a la actora la remisión de la documentación interesada tanto en el requerimiento primero de 26 de enero cuanto el segundo de 13 de mayo de 2015.

2.- La interpretación de la recurrente, además, nos retrotrae a una suerte de estatuto jurídico singular- un derecho estatutario bancario inmune a las obligaciones generales - de la entidad financiera de modo que más allá del ámbito de las relaciones de supremacía especial que tienen las entidades de crédito, las entidades inspeccionadas se hallan sometidas a un especial deber de sujeción a la actuación de dicho organismo, por lo que no es necesario que se contengan y documenten precisamente en actas (STS, Contencioso sección 3 del 14 de diciembre de 2016 (ROJ: STS 5336/2016 -ECLI:ES: TS:2016:5336) Sentencia: 2605/2015 | Recurso: 1229/2014 | Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO), deber especial de sujeción que vaciarla el resto de las potestades de las autoridades administrativas competentes, como en este caso, en materia de consumo,

3.- En efecto, la competencia para sancionar es clara, La relación de sujeción especial, así calificada jurisprudencialmente, con el Banco de España, dentro de la legislación de ordenación del sistema financiero, no configura un estatuto subjetivo bancario inmune a la aplicación de la normativa de consumo,

3.1.- Como señala la SJCA del 5 de junio de 2013 (ROJ: SJCA 836/2013-ECLI:ES:JCA:2013:838) 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 Usuarías, 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 procedo 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, nº 944/2006, rec 491/2002, Ponente: Dª 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, debe intervenir para garantizar los derechos básicos de los consumidores, y, en su caso, imponer las infracciones que se produzcan (art. 1 da de la Ley 11/198), lo que no es el caso de autos, en el que aduce la competencia en el asunto corresponde a los Tribunales ordinarios el 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 formule 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 mayo 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.

Parlo 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).

4.- Procede, en consecuencia, desestimar ese motivo de impugnación.

5.- La demandada en su segundo sardinel argumental ha aducido que para que la Administración demandada pudiera requerir la información sobre los extremos requeridos, era preciso que se hubiere dictaminado por un tribunal competente civil, el carácter abusivo de la cláusula.

5.1.- Como bien ha señalado la representación procesal de la demandada, en el caso enjuiciado la actora no ha sido sancionada por la utilización de cláusulas abusivas, sino por el incumplimiento de los dos requerimientos notificados de información del 26 de enero y del 13 de mayo de 2016.

5.2.- Empero la recurrente esgrime esta cuestión como segundo sardinel o escalón de argumentación sobre la competencia de **KONTSUMOBIDE**, si se ha desechado la cuestión de la falta de competencia en materia de consumo, de modo subsidiario viene a precisar que sin una previa declaración de abusividad de la cláusula 3.2 (gastos de comunicación y gestión de posiciones deudoras), dictaminada por los Tribunales civiles, no surgiría el título competencial que permitiría a **KONTSUMOBIDE** requerir a la demandada.

6.- La representación procesal de la demandante ha invocado, además, como hemos señalado que la demandada no es competente para la declaración del carácter abusivo de una cláusula de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que ha suscrito, como la relativa a la comisión por posición deudora, alegando, además, que su declaración corresponde al juez ordinario.

6.1.- Sin perjuicio de que la sanción no deriva de la utilización de cláusulas abusivas como la indicada de la comisión por posición de deudora (cláusula 3.2 gastos de comunicación y gestión por petición de reembolso de posiciones deudoras vencidas), sino de no atender e incumplir lo requerido, en una primera ocasión, el 26 de enero de 2015, de modo que "comunique a este instituto las medidas adoptadas por esa entidad en orden a la supresión o modificación de la referida cláusula de reclamación de posiciones deudoras que, en sus actuales términos, provoca situaciones de menoscabo jurídico para las personas consumidoras" y de lo requerido, en una segunda ocasión, el 13 de mayo de 2016, que en el plazo de un mes desde la recepción de la presente, remitan el modelo normalizado/copia de algún contrato en vigor de préstamos con garantía hipotecaria.



7.- No puede tampoco, acogerse ese motivo subsidiario de impugnación de la recurrente entroncando con el argumentario relativo a la necesidad de la previa declaración de abusividad por un tribunal civil en relación con la concreta aplicación de la cláusula de gastos por reclamaciones de posiciones deudoras.

7.1.- En pronunciamientos anteriores habíamos resuelto esa objeción indicando, con la jurisprudencia citada, que la Administración de consumo no precisa la previa declaración del carácter abusivo de la cláusula correspondiente.

7.2.- En efecto según señalamos, en la SJCA 145/2016 de 30 de junio dictada en los autos del procedimiento abreviado 123/2016, al desestimar el recurso contencioso-administrativo deducido por otra entidad financiera contra la sanción impuesta por **KONTSUMOBIDE**, por el uso de cláusulas de gastos de comunicación y gestión en casos de posiciones deudoras, parejas o similares a la que nos ocupa en este caso, hablan sido declaradas de modo reiterado abusivas por la jurisdicción civil.

7.3.- Señalábamos en la citada sentencia cuyos fundamentos son aplicables mutatis mutandis, al caso que nos ocupa que:

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 de 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 72/2015, 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 de noviembre , JUR 2014 \275734, Sentencia nº 80/15 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia el 9 de marzo de 2015; de SAP Alava, 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 I 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 de Dic. 2014, Rec. 265/2013 , 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 -Nº 187/14 - ; la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, Sentencia de 12 Marzo de 2014 ; la AP. 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 447/2014 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 .

7.4.- Y sobre el carácter abusivo de la citada cláusula, precisábamos que:

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 no obliga a la predisponente a demostrar la fehaciencia de tales gestiones de reclamación (constancia de su contenido, remisión, medio empleado y fechas de recepción por el deudor);



En segundo lugar la Automaticidad en su cobro, que permita 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, simples descuidos 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 al 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 gesto, en la mayoría de los casos, no alcanzara 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 11 abril. AC 2014\620 de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (Sección 2ª): "la cláusula 4ª del préstamo hipotecado, relativa a las comisiones por posiciones deudoras (...) ha de estimarse sin duda alguna abusiva, dado que a través de ella se establece un recargo por parte de la entidad demandante, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte de Dª. Aida y de reclamación de la misma, que no responde al coste particular e individualizado de una actuación 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 la misma" 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 coste de una llamada de teléfono que intente 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".

En cuarto lugar en cuanto que permite duplicar los conceptos indemnizatorios que penalizan el retraso en el pago, dado al 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 rubrica, que suele ser mensual), multiplica sin causa justificada el importe de su deuda en un breve periodo de tiempo, al acumularse al principal más los intereses remuneratorios, los de demora, los gastos de toda índole y los específicos de esa comisión.

7.5.- Aun cuando sea "ad argumenta", y con el límite del objeto real de este recurso, lo cierto es que la cláusula bancaria indicada responde también a la misma descripción que determina su carácter abusivo.

8, Por otra parte, la innecesariedad de la exigencia previa declaración del carácter abusivo de la cláusula controvertida, motivo subsidiario de impugnación por la actora, había sido declarada por la jurisprudencia española. Así lo declaró 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 PITA) en los siguientes términos 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 del 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.

8.1.- 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).

8.2.- Así como lo ha manifestado la citada STS (Sala Civil) de 9 de mayo de 2013 cuando señala que "[l]a existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis".

9.- Esta cuestión, además, ha quedado zanjada por la reciente STJCE (Sala Quinta) de 21 de diciembre de 2016 (C-119/15 Biuro podrózv "Partner" sp, z.o.o. sp. k. w Dabrowie Górniczel y Prezes Urzedu Ochrony Konkurencii i Konsumentów.), al resolver una cuestión prejudicial suscitada, en los siguientes términos:

El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidoras, en relación con los artículos 1 y 2 de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 , relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, y a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que la utilización de cláusulas de condiciones generales cuyo contenido sea equivalente al de cláusulas declaradas ilícitas mediante una resolución jurisdiccional firme e inscritas en un registro nacional de cláusulas de condiciones generales declaradas ilícitas se considere, en relación con un profesional que no participó en el procedimiento que desembocó en la inscripción de esas cláusulas en dicho registro, como un comportamiento ilícito, a condición, lo cual corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente de que ese profesional goce de un derecho a la tutela judicial efectiva que le permita recurrir tanto contra la resolución que admita la equivalencia de las cláusulas comparadas en lo que atañe a la cuestión de si habida cuenta del conjunto de circunstancias pertinentes propias de cada caso, tales cláusulas son materialmente idénticas, atendiendo en particular a sus efectos en detrimento de los consumidores, como contra la resolución que fije en su caso, el importe de la multa impuesta. El artículo 257 TFUE , párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional como el tribunal remitente, cuyas decisiones dictadas en el marco de un litigio como el del asunto principal pueden ser objeto de un recurso de casación, no puede calificarse de "órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno".

10.- Por tanto, y en el ámbito de su competencia (STC 10/2015, de 2 de febrero de 2015 (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 2015), la autoridad vasca en materia de consumo podía o no subsumir 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 Usuarías 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, comisión de gestión de posiciones deudoras.

10.1.- A la postre, y con los límites del artículo 4 de la LJCA , la citada cláusula no es más que una 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.

11.- Por tanto, ha de desestimarse el motivo de impugnación alegado por la recurrente, con el alcance indicado.

UNDÉCIMO.- 1.- La argumentación de la actora, sostiene, además, que dado que no hay una previa declaración de abusividad de esa cláusula 3.2., **KONTSUMOBIDE** no puede requerir una información como la interesada, sin perjuicio, además, se alega, del carácter innecesario de la documentación requerida toda vez que ya obraba en poder de la administración pública demandada.

2.- Desestimada la cuestión relativa al indicado motivo impugnatorio, la actora ha invocado que esa innecesariedad del requerimiento practicado por **KONTSUMOBIDE** deriva de que la administración ya contaba con la documentación requerida.

2.1.- No puede acogerse ese motivo de impugnación. En efecto, si se contrasta con el objeto de los dos requerimientos notificados a la entidad financiera recurrente el requerimiento de información y



de documentación no interesado, la documentación requerida no obraba previamente en poder de la administración, sin necesidad de realizar una exégesis del apartado f) del artículo 35 de la LPAC .

2.2.- Lo que obra en poder de la administración demandada, es el folleto de condiciones generales, en el que se refleja la existencia de una cláusula como la 3.2 indicada, y sobre la que se dicta el primero- incumplido- y el segundo requerimiento de 13 de mayo de 2015 [vide folio 16 del expediente administrativo), en el que se interesaba la remisión de un "modelo normalizado/copia de algún contrato en vigor de préstamo con garantía hipotecaria - referido al ámbito territorial de la CAPV- otorgado por Banco Popular SA donde conste el texto de la referida comisión por comunicación de posiciones deudoras para que su eventual carácter abusivo sea valorado por este instituto".

2.3.- Procede, en consecuencia desestimar el motivo de impugnación.

DUODÉCIMO.- La entidad financiera recurrente no ha sido sancionada por este cauce sino por haber Incumplido dos requerimientos de información debidamente notificadas (vide folios 1 y ss de expediente administrativo), sobre la cláusula 3.2 (Gastos de comunicación y gestión por petición de reembolso de posiciones deudoras vencidas", sobre su carácter abusivo, el requerimiento establecía que se comunicara al Instituto "las medidas adoptadas por esa entidad en orden a la supresión o modificación de la referida cláusula de reclamación de posiciones deudoras que, en sus actuales términos, provoca situaciones de menoscabo jurídico para las personas de los consumidores".

3.1.- Constan los dos requerimientos, el primero de 26 de enero de 2015 y el segundo el del 13 de mayo de 2015 que fueron notificados a la recurrente, en el ámbito de su competencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 , 46.3 , 46.6 y 48 de la Ley 6/2003 en relación con lo dispuesto en el artículo 61 del TRLGDCU, y que los dos requerimientos dictados en el ejercicio de sus competencias por el Instituto Vasco de Consumo fueron incumplidos. Los requerimientos no fueron impugnados por la actora en la forma y plazos previstos en la LPAC - más allá de la cuestión de la notificación correcta o incorrecta del pie de recurso contra el requerimiento indicado que afectaría a la eficacia y no a la legalidad-.

4.- La conducta de la sociedad financiera recurrente ha sido correctamente tipificada. La comisión de dos infracciones leves -el incumplimiento de los dos requerimientos efectuados- supone la tipificación de una infracción grave que es sancionada según lo dispuesto en el artículo 53.1 a) de la Ley de 2003 como infracción grave, justificándose los criterios de graduación en la propia resolución inicial, que no han sido desvirtuados por la entidad financiera recurrente.

5.- En primer lugar, y por lo ya Indicado, no concurre infracción del principio de tipicidad 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 TRLGDCU de 2007, y que sirva de base para adoptar los dos requerimientos notificados de información y documentación exigidos al Banco Popular.

6.- En segundo lugar, y dado que ha sido alegado por la actora - en un recurso orientado en mayor medida a la crítica de la calificación como abusiva de la cláusula 3.2 indicada, que la calificación como abusiva no existe un juicio concreto en su aplicación sino un juicio abstracto, dado que 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 artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 ¿de una cláusula de un contrato celebrada 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".

Sin perjuicio, además, de que la entidad financiera recurrente no ha sido sancionada por la aplicación de cláusulas abusivas como la controvertida cláusula 3.2. sino por no haber cumplimentado los requerimientos de información efectuados por el Instituto Vasco de Consumo.

DECIMOTERCERO.- La actora impugna una sanción por importe de 40.000 euros por lo que 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

DECIMOCUARTO.- 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

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 0026 0000 93 020816, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

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

Así por esta 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 CEJUDOT