

**UPAD MERCANTIL - JUZGADO DE LO MERCANTIL
Nº 1 DE VITORIA-GASTEIZ**

**MERKATARITZA-ARLOKO ZULUP - GASTEIZKO
MERKATARITZA-ARLOKO 1 ZENBAKIKO
EPAITEGIA**

AVENIDA GASTEIZ 18 3ª planta - C.P./PK: 01008
TEL.: 945-004877
FAX: 945-004827

NIG PV/ IZO EAE: **01.02.2-15/017705**
NIG CGPJ / IZO BJKN : **01059.47.1-2015/0017705**

Procedimiento / *Prozedura*: **Juicio verbal / Hitzeko judizioa 3/2016 - J**
Materia: DERECHO MERCANTIL

Demandante / *Demandatzailea*: ASOCIACION URIBE KOSTA
DE CONSUMIDORES Y USUARIOS - URKOA-
Abogado/a / *Abokatu*: JOSE IGNACIO VELASCO
DOMINGUEZ
Procurador/a / *Prokuradorea*: MARIA CONCEPCION
MENDOZA ABAJO

Demandado/a / *Demandatua*: KUTXABANK
Abogado/a / *Abokatu*:
Procurador/a / *Prokuradorea*: JESUS MARIA DE LAS HERAS
MIGUEL

SENTENCIA Nº 162/2016

En Vitoria-Gasteiz, a 17 de junio de 2016.

Vistos por mí, M^a Teresa Trinidad Santos, Magistrada- Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, los presentes autos del Juicio Verbal 3/16 entre partes, de una como demandante, la Asociación URIBE KOSTA de Consumidores y Usuarios “URKOA”, representada por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo y asistida del Letrado José Ignacio Velasco Domínguez, y de otra como demandada, KUTXABANK S.A. representada por el Procurador Jesús M^a De las Heras Miguel y asistida del Letrado Carlos Losada Pereda, sobre acción de cesación, se procede a dictar la presente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. Mendoza interpone en nombre y representación de la Asociación URIBE KOSTA de Consumidores y Usuarios “URKOA” (en adelante URKOA) demanda de Juicio Verbal en ejercicio de una acción de cesación contra la entidad KUTXABANK S.A., en la que tras alegar los hechos que en ella se indican e invocar los fundamentos jurídicos que estima aplicables, termina suplicando que se dicte sentencia en la que:

- Se declare que la comisión por reclamación de posiciones deudora es contraria a Derecho

-Se ordene a la demandada el cese en su imposición y cobro a la clientela.

-Se publique a cargo de la demandada en un periódico de los de mayor tirada en el País Vasco.

-Se imponga una multa coercitiva de 1.000 euros diarios si no elimina la comisión prohibida en el plazo de 20 días desde la firmeza de la sentencia.

-Se condene en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para contestar. La demandada contesta a la demanda interesando la íntegra desestimación de la misma.

TERCERO.- Manifestando la demandada que no estima necesario la celebración de vista, por Diligencia de Ordenación se dio traslado a la actora para que se pronunciara al respecto.

La demandante presenta escrito manifestando no ser necesaria la celebración de vista por lo que por Providencia de 02.05.2016 quedan los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acción ejercitada.

URKOA ejercita una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación utilizada por KUTXABANK S.A, al amparo de lo dispuesto en el art. 12 LCGC en relación con la normativa nacional (53, y ss y 80 y ss RDL 1/2007, de 16 de noviembre) y comunitaria (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993) de protección de consumidores y usuarios.

Ninguna duda cabe infundir en torno a la acción que se ejercita. En el F. D. VIII pfo. 2º de la demanda se dice: “Se pretende el cese por parte de la entidad demandada del cobro de la comisión que se reputa nula por abusiva, entendiendo la misma como una condición general de la contratación, ya que ...”; y en el suplico: “...se dicte en su día Sentencia por la que se declare que la comisión por reclamación de posiciones deudoras es contraria a Derecho y ordenando a la demandad el cese en su imposición y cobro a la clientela...”

Establece el art. 12 de la LCGC:

“1. Contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas, podrán interponerse, respectivamente, acciones de cesación y retractación.

2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

A la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria...”

Por su parte, con carácter más general, establece el art. 53 del TRLGCU: “La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura.

Del contenido de la demanda se desprende con claridad que lo que se ejercita es una acción de cesación contra la utilización de una condición general de la contratación que se reputa nula por abusiva, por infringir preceptos tales como art. 82.4. a, b, c, d, e, art. 85.3, 85.6, 86.7, 87, 87.5, 87.6, 89.3 TRLGDCU.

SEGUNDO.- Hechos probados.

Son hechos probados, sin perjuicio de los que se puedan ir introduciendo a lo largo de los razonamientos jurídicos sucesivos, los siguientes:

La demandante es una asociación inscrita en el Registro General de Asociaciones del País Vasco en virtud de resolución dictada en fecha 30.01.1991 con el número de registro AS/B/02498/1991 (doc. 1 demanda). Se trata de una asociación sin ánimo de lucro entre cuyos fines se encuentra la defensa de los derechos y legítimos intereses de las personas consumidoras y usuarias. Conforme al art. 4 de sus Estatutos el ámbito territorial en el que desarrolla principalmente sus funciones es la Comunidad Autónoma del País Vasco (doc. 2).

La demandada es una entidad financiera que utiliza en la mayor parte de los contratos de operaciones crediticias y de cuentas a la vista la siguiente cláusula:

“Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas o descubiertas.

Por cada situación de impago de préstamo o crédito, así como por cada posición deudora que se produzca en cuenta a la vista, y una vez realizada la oportuna gestión personalizada (de la que se recogerá constancia fehaciente) con el cliente solicitando su regularización, se devengará una comisión en concepto de Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas o descubiertas que se liquidará en cuenta, siendo el importe de la misma 30 euros”. Así resulta del doc. 3 aportado con la demanda. La demandada reconoce ser esta la versión que utiliza en la mayor parte de sus operaciones que se contratan en todas sus oficinas.

TERCERO.- Legitimación activa.

La demandada alega falta de legitimación activa de la actora, señalando que no se trata de una asociación representativa en el ámbito estatal y no se encuentra inscrita en el Consejo de Consumidores y Usuarios, requisito que estima necesario para que tenga legitimación activa en la presente causa. Argumenta que Kutxabnak S.A. es una entidad bancaria con oficinas abiertas en trece comunidades autónomas y que utiliza la cláusula impugnada en la práctica totalidad de los contratos de operaciones de préstamo y cuentas a la vista que concierne en todas ellas, por lo que el ámbito territorial de los contratos y clientes afectados excede del ámbito del País Vasco.

La STS nº 524/2014, de 13 de octubre, nos recuerda la doctrina jurisprudencial sobre la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios en el ejercicio de la acción de cesación:

“6. Jurisprudencia sobre la legitimación para el ejercicio de la acción de cesación. En nuestra Sentencia 241/2013, de 9 de mayo , en la que también tuvimos que abordar la legitimación de Ausbanc en un supuesto muy similar al presente, pues al tiempo de ejercitarse la demanda estaba suspendida la eficacia del acuerdo administrativo por el que se le excluía del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores, hicimos una exposición detallada de la normativa aplicable, que reproducimos a continuación.

El art. 16 LCGC legitima para el ejercicio de las acciones de cesación a “[l]as asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores”.

El primer apartado del artículo 24.1 TRLGDCU dispone que “[l]as asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios” .

Esta regla ha de interpretarse, sistemáticamente, en relación con el artículo 23.1 TRLGDCU, a cuyo tenor “[s]on asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo [...]” , y con el primer apartado del artículo 33.1 TRLGDCU, según el cual “[l]as asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una Comunidad Autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo”.

La constitucionalidad de esta exigencia ha sido declarada por la STC 15/1989, de 26 de enero -reiterada por la STC 133/1992, de 2 de octubre -, según la cual “[l]a exigencia de la necesaria inscripción de las asociaciones de consumidores y usuarios en un libro-registro llevado en el Ministerio de Sanidad y Consumo no puede estimarse inconstitucional, dado que esa exigencia o carga se vincula directamente a la posibilidad de acceder a los beneficios que

prevea la propia Ley y las disposiciones reglamentarias y concordantes", y ha sido expresamente admitida por la sentencia de esta Sala 473/2010, de 15 de julio

De forma paralela, el artículo 11.1 LEC dispone que "[s]in perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios". Apunta la Sentencia 861/2010, de 29 de diciembre, que la legitimación para el ejercicio de acciones en los supuestos previstos en los arts. 11.2 y 11.3 LEC es más restrictiva, ya que el art. 24 LGDCU dispone que "[a]fectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica"; y el 54.3 LGDCU que "[l]a legitimación para el ejercicio de la acción de cesación frente al resto de conductas de empresarios contrarias a la presente Norma que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios, se regirá por lo dispuesto en el artículo 11, apartados 2 y 3, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil".

En consecuencia, el ejercicio de la acción de cesación contra la utilización de condiciones generales de la contratación abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no queda abierta a cualquier asociación que esté legalmente constituida, aunque en sus estatutos conste como finalidad la tutela de los intereses de consumidores y usuarios. Es preciso que la asociación, cuando es de ámbito supra autonómico -en el caso de autos no se cuestiona que la demandante tiene tal carácter-, esté inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios".

Por tanto, para que sea exigible la inscripción de la asociación en el Registro Estatal es necesario que se trate de una asociación (la demandante, no la demandada) de ámbito *supra autonómico*. En el caso examinado por el TS en la sentencia que se acaba de citar, se trata de Ausbanc y como dice la propia sentencia, no se cuestionaba que tuviera tal carácter supra autonómico. En nuestro caso, tratamos de URKOA, que, como indican sus estatutos su ámbito de actuación se limita, principalmente, a la Comunidad Autónoma del País Vasco, y por tanto, no es preciso el requisito al que alude la demandada estando inscrita la asociación en el Registro de Asociaciones del País Vasco.

CUARTO.- Al invocar la falta de legitimación activa la demandada reconoce que se trata de una cláusula que introduce en la práctica totalidad de los contratos que se conciertan en todas sus oficinas, repartidas por trece comunidades autónomas, con lo que no se cuestiona que nos encontremos ante una cláusula predispuesta, destinada a ser incorporada a una pluralidad de contratos y, a falta de toda prueba en contrario –que correspondería al empresario predisponente-, impuesta y no negociada individualmente.

Para considerar la cláusula condición general de la contratación han de concurrir, según el art. 1 de la LCGC, los siguientes requisitos: a) contractualidad; b) predisposición; c) imposición;

d) generalidad. En cambio es irrelevante: a) su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) que el adherente sea un profesional o un consumidor, porque la Ley de Condiciones General de Contratación opera para ambos y c) que otros elementos del contrato hayan sido negociados individualmente, si esta circunstancia no se da en la cláusula impugnada y la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, rec. 1217/13 insiste en los mismos razonamientos que la STS de 09.05.2013: “La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica negocial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013). En síntesis, entre las conclusiones de la doctrina jurisprudencial allí declarada, (Fundamento de Derecho Séptimo y Octavo, párrafos 131 a 165), se resaltaban las siguientes consideraciones:

"-párrafo 144; a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

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

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

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

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

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

Ahondando en esta cuestión, la Sentencia de la A.P. de Pontevedra, de 14.05.2014, señala que: el art. 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores, ha de acudir al art. 3.2 de la Directiva 93/13 CEE, del Consejo, conforme al cual “(s)e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”. (...) Finalmente, a los

efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º LEC y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de la prueba de los hechos notorios (SSTS de 02.03.2009, 09.03.2009, 18.11.2010 y de 09.05.2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 pfo. 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, y en el art. 82.2 pfo.- 2º del TRLCU, según el cual “(e)l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba”.

Se dan todos los presupuestos para estimar la cláusula llamada “*Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas o descubiertas*” condición general de la contratación que se inserta masivamente en los contratos que concierne la demandada y por tanto también con consumidores y usuarios.

Conforme al art. 82 TRLGDCU, (1) 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. (3) El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

(4) No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Interesa particularmente invocar, pues como se razonará la cláusula cuestionada los infringe, los siguientes preceptos:

Art. 85 TRLGDCU: Cláusulas nulas por vincular cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario:

(3) Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

(6) Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Artículo 86: cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario.

Artículo 87: Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad. (5) Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. (6) ...La fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Artículo 89: Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato. (3) La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario.

Antes de avanzar, debe señalarse también que la cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras ha sido analizada, y considerada abusiva, por varios órganos judiciales. Se citará únicamente a modo de muestra la Sentencia de la AP de Guipúzcoa nº 125/2015, de 22.05.2015:

“El art. 10.1 LGDCU , vigente a la fecha de la suscripción del contrato, dispone que las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, deberán cumplir, entre otros, el requisito de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios.

Igualmente, según lo dispuesto en el art. 10.4 LGDCU , serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan dichos requisitos.

La norma tercera de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela dispone en su apartado segundo que "No se tarificarán servicios u operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones

contractuales" y en su apartado tercero que "Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos".

Por otra parte, la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011 (págs. 150-151) considera, en relación a la comisión de reclamación de posiciones deudoras, que desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, su adeudo solo puede ser posible si, además de aparecer recogido en el contrato, se acredita que: a) Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de dicho Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador); y b) Es única en la reclamación de un mismo saldo. Además, y como criterio adicional, se considera que su aplicación automática no constituye una buena práctica bancaria, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente. En efecto, solo cuando se analiza, caso por caso, la procedencia de llevar a cabo cada reclamación, se justifica, bajo el principio de la buena fe, la realización de gestiones individualizadas de recuperación.

Sobre la abusividad de la citada cláusula ya se ha pronunciado esta Sala en auto de fecha 22 de abril de 2014 y en reciente sentencia de fecha 16 de marzo de 2015 , declarando esta última: "En la cláusula se establece un recargo por parte de la entidad demandante, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte del prestatario y de reclamación de la misma, sin que en el momento de contratar se refleje ni se informe sobre el coste de una actuación concreta que la misma deba desarrollar en caso de que el prestatario se encuentre en posiciones deudoras, sino que se trata de una cuota fija a abonar por el solo hecho de recibir una reclamación, que la Caja puede formular mediante una simple llamada telefónica. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar una requerimiento notarial ni de contratar los servicios de un abogado para llevar a cabo una llamada o remitir una carta que los empleados de la actora 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".

A tenor de lo expuesto, es claro que la cláusula supone imponer al consumidor incumplidor una carga carente de fundamento, encontrándose suficientemente sancionada su conducta incumplidora a través del recargo por intereses de demora, por lo que no cabe sino compartir la conclusión del Juzgador de instancia de declarar nula por abusiva la indicada cláusula".

QUINTO.- Establece el art. 3.1 de la OM 289/2011 de 28 de octubre: Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Solo 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.

También la norma tercera de la Circular del Banco de España 8/1990 de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela se dedica a las comisiones de las entidades financieras y tal y como señala la demandada el servicio de reclamaciones del Banco de España ha dado una pautas en su Memoria del año 2012 para el cobro de la comisión de reclamación de posiciones deudoras.

Sin embargo, se comprenderá que el servicio de reclamaciones del Banco de España no tiene potestad jurisdiccional y por tanto no es el órgano que tiene que valorar cuándo una determinada cláusula es abusiva al amparo de la normativa protectora de consumidores y usuarios.

Sabemos que el cumplimiento de la normativa sectorial no excluye el control de abusividad de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores (pfo. 178 STS de 09.05.2013: *“la 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”*).

También que conforme a la STJUE de 11.06.2015, asunto C-602/13, el hecho de que una cláusula inserta en un contrato no haya sido aplicada o puesta en práctica no excluye el control de abusividad. Dice el Tribunal europeo:

“49 Según resulta del apartado 35 del presente auto, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigesimocuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30).

Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una «cláusula abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica.”

Por tanto, al margen de que la entidad demandada trate de adaptar la aplicación de la cláusula a las recomendaciones del BE y que la cláusula se aplique en sus propios términos o que se aplique sólo al séptimo día y si no se regulariza el descubierto, lo que corresponde a este Juzgado es analizar si la cláusula cuestionada, en la redacción que la demandada reconoce introduce en los contratos, puede considerarse o no abusiva a la luz del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

En este escenario, se comenzará por indicar que las solas explicaciones de la demandada en cuanto a la aplicación de la cláusula en la practica ponen en evidencia que se trata de una cláusula cuya interpretación y aplicación queda a la exclusiva voluntad del empresario.

La cláusula cuestionada dice: *Por cada situación de impago de préstamo o crédito, así como por cada posición deudora que se produzca en cuenta a la vista, y una vez realizada la oportuna gestión personalizada (de la que se recogerá constancia fehaciente) con el cliente solicitando su regularización, se devengará una comisión en concepto de Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas o descubiertos que se liquidará en cuenta, siendo el importe de la misma 30 euros*”.

Es decir, establece a cargo del consumidor “por cada situación de impago” y “por cada posición deudora” que se produzca, una comisión de 30 euros que se carga en la cuenta del cliente. El cargo se pretende justificar por la reclamación que efectúa la entidad, estableciendo que se devengará “una vez realizada la oportuna gestión personalizada de la que se dejará constancia fehaciente”.

La demandada explica en la contestación cuál es el procedimiento de reclamación que sigue: Día 1, se produce el impago. Días 1 -3: llamada telefónica y envío de un SMS o correo electrónico. Si no es posible el contacto con el cliente por estas vías, se envía una carta por correo ordinario. Día 7: si no se ha regularizado la posición, se devenga la comisión. Añade: En mas del 60 % de los casos, después de las gestiones se regulariza la posición atrasada, sin llegar a devengarse la comisión.

Al margen de que tales alegaciones no vayan acompañadas de sustento probatorio alguno que permita constatar que realmente es este el protocolo de actuación de la demandada, baste lo dicho por la demandada para concluir que la cláusula en cuestión queda a la libre interpretación del empresario. Nada de lo que dice que hace se refleja en la cláusula.

Obsérvese que sigue sin decirse cuál es esa gestión o cual es el medio que se utilizará para reclamar. Si es una simple llamada telefónica o un correo electrónico, sigue siendo una comisión que no se corresponde con un gasto efectivo en el que haya tenido que incurrir la demandada. Cuando la cláusula dice “por cada posición deudora” y “por cada descubierta”, no concreta si se trata de una comisión periódica como sostiene la demandante (cuota mensual en un préstamo, saldo diario en una cuenta a la vista....) o por el contrario es una comisión única según dice la demandada, que además, según dice, no se devenga “por cada posición deudora” o “por cada descubierta”, sino cuando transcurren 7 días sin regularizar la cuenta una vez efectuado el aviso o reclamación de la entidad.

Por lo expuesto, la cláusula infringe para empezar los arts. 85.3 TRLDU (cláusulas cuya interpretación queda a la libre voluntad del empresario), art. 86 (pues con su imposición se priva al consumidor del derecho a conocer el medio de reclamación concreta que se va a emplear y por el que se le van a cargar 30 euros en la cuenta, cada cuanto se le carga y cuando, es decir, cuantos días tiene para regularizar la situación o atender la reclamación), art. 87.5 (pues constituye base para cobrar 30 euros por unos servicios que no se prestan). Por mas que la cláusula concrete que se devenga una vez hecha efectiva la reclamación, sigue sin decir qué medios o qué vías de reclamación son esas que comporten un gasto o un daño a la entidad que pueda estimarse en 30 euros. Es mas si tenemos en cuenta que generalmente la entidad también cobra comisión por mantenimiento y gestión de la cuenta, no se comprende porqué el aviso de una posición deudora (que puede ser un mero envío de SMS) genera una comisión independiente de 30 euros y en cambio otros avisos se consideran incluidos en el servicio de mantenimiento y gestión que

también se cobra. Por ello, sigue siendo una cláusula que prevé el cobro de un servicio no prestado; no hay actuación alguna de la entidad que justifique un gasto por su parte o un daño generado a la misma por importe de 30 euros.

Si a todo lo anterior añadimos que toda posición deudora conlleva además unos intereses moratorios por los que el cliente resarce a la entidad del daño o perjuicio por su incumplimiento, habrá de concluirse que la cláusula cuestionada constituye además una sanción desproporcionada para el cliente. La demandada invoca el derecho a ser resarcida de los daños y perjuicios causados por la situación de impago, pero sin negarse que esto sea así, debe recordarse que para empezar los daños y perjuicios deben acreditarse y lo que no nos puede decir la demandada es que una llamada de teléfono o el envío de un correo electrónico o un SMS tenga un coste de 30 euros. Por tanto, infracción también del art. 85.6 TRLGDCU.

Y si a lo que se refiere la demandada es al hecho de tener que dotarse de medios personales y materiales para controlar los impagos, descubiertos e incumplimientos del cliente, es decir, que no es que la llamada o el mensaje tenga un coste de 30 euros, sino que es una estimación del coste a repartir entre los clientes incumplidores, debe recordarse que las entidades financieras son empresarios con ánimo de lucro, legítimo y amparado constitucionalmente por la libertad de empresa, pero correlativamente sometidos al riesgo empresarial. Si la entidad tiene que reclamar judicialmente la cantidad debida, podrá obtener una condena en costas que le resarza de los gastos por reclamación judicial (téngase en cuenta que en las costas nunca se incluyen los gastos por reclamación extrajudicial), y no es requisito para reclamar judicialmente haber intentado previamente una reclamación extrajudicial. Es más, el cliente que tiene que efectuar una reclamación a la entidad financiera nunca obtiene resarcimiento por las reclamaciones extrajudiciales que le dirija, ya elija acudir en persona a la oficina y plantear su queja o reclamación al gestor que le atienda, ya opte por remitir un correo electrónico o una carta certificada. Por tanto la cláusula infringe también el art. 89.3 TRLGDCU al imponer al consumidor un gasto de tramitación que corresponde al empresario y el art. 87 por falta de reciprocidad.

En conclusión, la demanda debe ser íntegramente estimada, condenando a la demandada a eliminar de sus condiciones generales la llamada “Comisión por reclamación de posiciones deudoras” por estimarla abusiva y por tanto nula conforme a la normativa protectora de los consumidores y usuarios, y a abstenerse de utilizarla en lo sucesivo. La eliminación afecta tanto a los contratos que celebre en el futuro como a los ya concertados que incluyan la indicada cláusula y que mantendrán su vigencia con el resto de sus cláusulas.

SEXTO.- Estimada íntegramente la demanda se condena en costas a la demandada (art. 394 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo en nombre y representación de la ASOCIACIÓN URIBE KOSTA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS “URKOA”, contra KUTXABANK, S.A. representada por el Procurador Jesús M^a de las Heras Miguel,

DECLARO que la demandada está utilizando entre sus condiciones generales una cláusula que establece una comisión a cargo del cliente por reclamación de posiciones deudoras que resulta contraria a Derecho por ser abusiva y por tanto nula conforme a la normativa de protección de los consumidores y usuarios, y en consecuencia,

CONDENO a la demandada a eliminar la indicada cláusula de sus condiciones generales, a cesar en su imposición y cobro a la clientela, tanto en los contratos que celebre en el futuro como en los ya concertados, manteniendo estos últimos su vigencia con el resto de sus cláusulas.

Si en el plazo de 20 días siguientes a la firmeza de la presente resolución la demandada no eliminara la cláusula nula, se le impondrá una multa coercitiva de 1.000 euros diarios.

CONDENO a la demandada a publicar a su costa la presente sentencia en un periódico de los de mayor tirada en el País Vasco.

Se condena en costas a la demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALAVA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 0844111103000316, indicando en el campo concepto del resguardo de

ingreso que se trata de un “Recurso” código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en VITORIA-GASTEIZ, a 21 de junio de 2016.