

INFORME SOBRE LA INSCRIBILIDAD DE DIVERSAS CLÁUSULAS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON COSUMIDORES: COMISIONES DE RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS Y BONIFICACIONES POR CONTRATOS COMBINADOS.

I.- LA COMISIÓN DE RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS.

1.- La sentencia 566/2019 de 25 de octubre de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Esta sentencia se ha pronunciado, por primera vez, sobre la comisión de reclamación de posiciones deudoras que figura en las escrituras de préstamos hipotecarios de Kutxabank, señalando su carácter abusivo por las siguientes razones:

a) No cumple las exigencias del Banco de España para este tipo de comisiones, porque, en primer lugar, prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática.

b) No discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión. En otras palabras, esta comisión no puede retribuir la simple morosidad (indemnización), como afirma la representación del banco recurrente, ya que en tal caso sería redundante con los intereses moratorios, produciendo un solapamiento ilícito, ni tampoco puede tener la condición de cláusula penal, como también afirma la parte recurrente, sino que su justificación solo puede encontrarse en la retribución de unos servicios que hay que justificar.

Y c) No identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo, ya que la retribución del simple riesgo ya está cubierto, de producirse, por los intereses moratorios (STJUE de 26 de febrero de 2015 -asunto C-143/13, *Matei-*), y el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen en un contrato de préstamo (STJUE de 3 de octubre de 2019 -asunto C-621/17, *Gyula Kiss-*).

La indeterminación de la comisión, sigue diciendo el TS como Conclusión, es la que genera la abusividad, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados). Por tanto, si existe un servicio o gestión a realizar que se encuentre identificado en el contrato, si es posible el pacto de esta comisión.

2.- La Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2017. Con relación a esta comisión de reclamación de posiciones deudoras lo primero que debe señalarse es que según la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2017, que es la última publicada aunque la STS citada se remite a la Memoria de 2009, la define como aquella cobrada con ocasión del impago de los recibos de créditos y préstamos hipotecarios, que tiene por objeto la recuperación de los costes que debe soportar la entidad como consecuencia de las gestiones necesarias para la

recuperación de los impagados, siendo preceptiva para su procedencia su identificación en el documento contractual correspondiente.

Por tanto, se trata de una comisión válida, si cumple con los requisitos que se dirán, y que responde a la finalidad de cubrir los costes derivados por las gestiones efectivamente realizadas por el banco para reclamar la deuda por el incumplimiento del deudor. Por tanto, no tiene ni puede tener una función indemnizatoria ni tampoco una función punitiva, funciones propias de los intereses moratorios, con los cuales no se debe solapar.

Los requisitos de este tipo de cláusulas para que sean válidas e inscribibles, según la citada Memoria del Banco de España, son los siguientes que deben especificarse en la escritura:

a) Debe quedar claro en la escritura que el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor, algo que no queda justificado con la simple remisión periódicamente de una carta generada por ordenador, debiendo la entidad concretar o determinar en la escritura cuáles serán dichas gestiones (ej. enviar una carta personalizada por correo certificado con acuse de recibo, hacerle un requerimiento notarial, citarle para conocer su situación económica y tratar de encontrar una solución, etc). La acreditación de la realización o efectividad de esas gestiones para recuperar la deuda corresponde al banco, por lo que no se puede imponer al prestatario en el contrato.

b) La comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo o cuota impagada por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones. Es decir, la comisión solo podrá cobrarse una vez por cada cuota impagada

c) Dada su naturaleza, se exige que su cuantía sea única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose tarifas porcentuales.

d) No obstante, se considera que la aplicación de la comisión es compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad a consecuencia, en su caso, de intervención de terceros (por ejemplo, notaría o empresa externa de recobro) en las gestiones de reclamación, siempre que tal circunstancia esté contractualmente contemplada y, en su momento, resulte acreditada su realización.

e) No es correcta la aplicación automática de dicha comisión ni el pacto en este sentido, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente.

3.- Examen de la comisión de reclamación de posiciones deudoras vencidas de las principales entidades de crédito.

1.- KUTXABANK (la que es objeto de la sentencia): “Por cada situación de impago que se produzca en cualquiera de los casos a que se refiere la cláusula "Intereses de demora", 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 reclamación de posiciones deudoras vencidas, que se liquidará en cuenta. La comisión a la fecha de firma del presente contrato es de treinta y cinco euros.”

Se trata, como acertadamente señala el Tribunal Supremo, de una comisión NO válida, en la que falta la identificación de las gestiones cuyo coste justifica el cobro de la comisión, y que no reúne el requisito expreso de no reiteración, no estando tan claro que planteé una reclamación automática.

2.- CAIXABANK: “RECLAMACION DE IMPAGADOS: Cuando la PARTE DEUDORA impaga se generan daños a CaixaBank; se generan perjuicios financieros por no disponer del dinero que estaba pactado recibir de la PARTE DEUDORA, motivo por el que se devenga el interés de demora, y también se generan otros daños distintos por los recursos que CaixaBank tiene que destinar para reclamar, recuperar y poner al día la deuda impagada; este segundo daño, diferente del primero, se cubre específicamente por la RECLAMACIÓN DE IMPAGADOS. Cuando la PARTE DEUDORA incumpla alguna de sus obligaciones de pago -cuotas de préstamos, comisiones, descubiertos...-, CaixaBank se verá obligada a destinar recursos para recobrar y poner al día de la deuda impagada. RECLAMACIÓN DE IMPAGADOS. Estas gestiones que CaixaBank debe realizar para la recuperar cada posición deudora, que no tendrían lugar si la PARTE DEUDORA cumpliera con sus obligaciones, pueden consistir en llamadas telefónicas, SMS o comunicaciones telemáticas por medios de telecomunicación y servicios de banca electrónica, correos electrónicos, reuniones o comunicaciones escritas remitidas por correo postal y tendrán como finalidad informar al cliente de los importes que adeuda, requerirle el pago de los mismos, advertirle de las consecuencias de no abonar dichos importes e incluso negociar formas de refinanciación de su deuda. El coste mínimo o residual de iniciar las gestiones de cobro por cualquier tipología de deuda impagada es de TREINTA Y CINCO euros. La PARTE DEUDORA deberá pagar como RECLAMACIÓN DE IMPAGADOS TREINTA Y CINCO euros por cada obligación que impague y que le tenga que ser reclamada, por uno o varios medios. En ningún caso la PARTE DEUDORA tendrá que pagar varias veces la misma cantidad en relación con una misma posición deudora; todas las gestiones que se desarrollen en relación con la misma posición deudora devengarán TREINTA Y CINCO euros y el impago de distintas posiciones deudoras generará cada una sus propias gestiones y su específico coste de RECLAMACIÓN DE IMPAGADOS.”

Esta comisión parece SI que cumple con todos los requisitos antes señalados que establece la Memoria del Banco de España a la que se remite la sentencia del Tribunal Supremo.

3.- B.B.V.A.: “Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas.- La reclamación por el Banco a la Parte Prestataria de débitos vencidos e impagados devengará una comisión por gestión de treinta euros, por cada recibo impagado, que se hará efectiva por la Parte Prestataria en el momento del pago de los débitos previamente reclamados, sin perjuicio de la repercusión a la Parte Prestataria de los gastos y costes originados para exigir el pago de la deuda en caso de incumplimiento, salvo que por disposición legal deban ser asumidos por el Banco. Las costas judiciales serán satisfechas de conformidad a lo que determinen los tribunales de justicia.”

Esta comisión NO cumple con los parámetros exigidos, faltando el de identificación de las gestiones y el de no reiteración de su cobro.

4.- BANCO SANTANDER: “Comisión de reclamación de posiciones deudoras: por la gestión de la reclamación de cada posición vencida e impagada realizada por el Banco a fin de que el cliente proceda a la regularización de la situación, el Banco percibirá una comisión de treinta y nueve euros, a satisfacer por la parte prestataria, que se devengará, liquidará y deberá ser pagada por una sola vez, por cada cantidad vencida y reclamada.”

Esta comisión NO con los parámetros exigidos, faltando el de identificación de las gestiones de reclamación.

5.- BANKIA: “En concepto de reclamación de posiciones deudoras vencidas, Bankia podrá percibir del CLIENTE o, en su caso, del/de los Fiador/es, una comisión de 35,00 euros para compensar los gastos de gestión de impagados que se reclamen. Esta comisión se devengará en cada cuenta o contrato y por cada posición deudora vencida, originada por cualquier tipo de asiento, ejecución de garantía, amortizaciones, cuotas, intereses, comisiones o cualquier otro asiento, incluso excedidos de crédito no regularizados en la fecha comprometida. Esta comisión se aplicará una sola vez, aunque la posición deudora se prolongue más de un período de liquidación.”

Esta comisión NO con los parámetros exigidos, faltando el de identificación de las gestiones de reclamación.

6.- BANCO SABADELL: “Reclamación de cuotas impagadas. Por la gestión personalizada realizada ante la parte prestataria para la regularización de las cuotas del préstamo vencidas e impagadas -confección y envío de comunicaciones acreditadas: cartas de reclamación, llamadas no automáticas, mensajes electrónicos, desplazamientos, etc.- se percibirá una comisión de treinta y nueve euros en concepto de gestión de reclamación de cuotas de préstamos impagadas. Esta comisión es única y no se repite en la reclamación de un mismo saldo por las gestiones adicionales realizadas por la entidad con un mismo fin. En el caso de que la parte prestataria sea consumidor solamente se devengará por incumplimiento de cuotas impagadas en su totalidad.”

Esta comisión parece SI que cumple con todos los requisitos antes señalados que establece la Memoria del Banco de España a la que se remite la sentencia del Tribunal Supremo.

7.- BANKINTER: “En caso de cuotas vencidas y no pagadas, se establece una comisión de TREINTA Y CINCO EUROS, para compensar los gastos de regularización de la posición y se devengará en cada situación que se produzca. La aplicación de la comisión debe imputarse una vez verificadas las correspondientes gestiones.”

Esta comisión NO cumple con los parámetros exigidos, faltando el de identificación de las gestiones y el de no reiteración de su cobro.

II.- BONIFICACIONES POR PRODUCTOS COMBINADOS.

Como ya se indicó en informes anteriores de la Comisión de Asuntos Doctrinales, el artículo 17 de la LCCI contiene una prohibición legal de las ventas vinculadas al

disponer, respecto de los supuestos de ventas vinculadas que por excepción admite, que *“la aceptación por el prestamista de una póliza alternativa, distinta de la propuesta por su parte, no podrá suponer empeoramiento en las condiciones de cualquier naturaleza del préstamo”*; lo que excluye la posibilidad de bonificar esos productos vinculados, en la medida que se hubieran constituidos expresamente como tales, porque tanto el dejar de percibir una bonificación por contratar con el acreedor tales productos, como el soportar una penalización por contratar los mismos con otra entidad, supone un empeoramiento en las condiciones financieras del préstamo.

Pues bien, esas ventas vinculadas y admitidas legalmente que NO se podrían bonificar son actualmente tres: la cuenta asociado al préstamo, el seguro de daños del inmueble y el seguro de amortización del préstamo, al que debe equipararse el denominado seguro de protección de pagos. No obstante, existen otros dos tipos de seguros, que son el seguro del hogar y el seguro de vida, que aunque pueden cubrir en cierta medida los riesgos protegidos por los antes citados, en realidad tiene un ámbito más amplio que aquellos por lo que SÍ se considera perfectamente legal su bonificación.

También se considera admisible la bonificación directa de un seguro de daños o de un seguro de amortización, siempre que en el contrato de préstamo conste con plena claridad que se configuran los mismos como ventas combinadas y no como ventas vinculadas. Ahora bien, para ello es necesario no que se haga una declaración formal en tal sentido en el estipulación referente de bonificaciones (que se estima innecesaria), sino que el contrato no contenga la estipulación contradictoria, frecuente en muchos contratos de préstamo, de que la contratación de dichos seguros de daños y/o amortización, sea obligatoria o constituya un supuesto de vencimiento anticipado.

Madrid a