

- CONSULTA GENERAL -

A consecuencia de la agitación social provocada por el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha venido a permitir la posibilidad de reclamar, desde la firma de la hipoteca, todas aquellas cantidades que han sido pagadas a consecuencia de la "*cláusula suelo*", está pasando desapercibida aquella cláusula que impone al cliente bancario la asunción de los gastos que supone la constitución de la hipoteca. Por ello, he considerado apropiado realizar de nuevo una consulta de carácter general al respecto de esta cláusula, a fin de informar a todos aquellos que pueden verse afectados, toda vez que, al igual que ocurrió con la "*cláusula suelo*", el Tribunal Supremo, en su sentencia número 705/2015, de 23 de diciembre, reiteró la abusividad de este tipo de cláusulas, pudiendo resultar viable instar la correspondiente reclamación.

-SUPUESTO CONTROVERTIDO:

La reclamación de las cantidades satisfechas a consecuencia de la existencia de una cláusula del préstamo hipotecario que impuso al cliente la asunción de los gastos que supuso su constitución posee dos cuestiones debatidas.

Por un lado, resulta necesario determinar que gastos se encuentran incluidos dentro de la expresión general realizada por el Tribunal Supremo "*gastos de constitución de la hipoteca*", y por otro, debe determinarse si este tipo de reclamaciones se encuentran o no sometidas a plazo.

-NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA:

En primer lugar debe considerarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puesto que con la reciente sentencia número 705/2015, de 23 de diciembre, este no hizo sino confirmar su criterio.

Así, y tal y como señala en la propia sentencia, el Alto Tribunal se pronunció en el mismo sentido en sentencias como la número 550/2000, de 1 de junio, al

establecer que repercutir al comprador/consumidor los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto nula.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo viene a desarrollar el razonamiento que lleva a entender que esta cláusula resulta nula, al establecer que *"[...] en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante [...]"*.

Además, el Tribunal Supremo, en su sentencia de diciembre del año 2015, haciéndose igualmente eco de anteriores sentencias, en particular de la número 842/2011, de 25 de noviembre, especificó que *"[...] la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante"*.

La consideración del Tribunal Supremo de que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos derivados de la constitución de hipoteca posee un firme apoyo normativo, en particular en el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Así, el artículo 8 de la referida Ley dispone que *"Estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: a) En las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere. c) En la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto"*.

Por su parte, y en lo que se refiere a la expedición de documentos, el artículo 27 del citado cuerpo normativo establece que *"Se sujetan a gravamen, en los términos que se previenen en los artículos siguientes: a) Los documentos notariales"*.

Del mismo modo, el artículo 28 dispone que *"Están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales"*.

Por último, se ha determinar que este tipo de cláusulas que repercuten al cliente los tributos que corresponderían a la entidad bancaria, resulta abusivas puesto que así lo establece el artículo 89 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, al señalar en su apartado tercero que *"En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: 3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas: c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario"*.

Al respecto de si la reclamación de este tipo de cláusulas se encuentra sometida a plazo debe considerarse, en primer lugar, que el Tribunal Supremo, en la referida sentencia de 23 diciembre del año 2015, ha señalado que la declaración de abusividad de una clausula debe ser sancionada con su nulidad de pleno derecho.

En segundo lugar, el Alto Tribunal, en sentencias como la número 815, de 14 de noviembre de 1991, señaló que la limitación temporal en el ejercicio de esta



clase de acciones viene referida a la anulabilidad, pero no a las acciones de nulidad radical o de pleno derecho.

-PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE RECLAMACIÓN:

Del mismo modo, debe conocerse que con la aprobación del reciente Real Decreto-ley, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, se ha establecido un procedimiento de reclamación extrajudicial de las cantidades abonadas indebidamente a consecuencia de la suscripción de contratos con inclusión de cláusulas suelo.

Este procedimiento extrajudicial, según la letra del referido Real Decreto-ley, excluye, *a priori*, la reclamación de los gastos que han sido abonados exclusivamente por el cliente con ocasión de la constitución del préstamo hipotecario.

Por lo dicho, siendo voluntario, aunque recomendable, el cliente puede solicitar la devolución de estas cantidades al Servicio de atención al cliente de la entidad bancaria de que se trate, y en caso de que esta no dé respuesta a la solicitud, se podrá acudir directamente a los Tribunales.

-CONSIDERACIONES:

Por todo lo dicho, y a la vista de las cuestiones debatidas, y la normativa y jurisprudencia que resulta de aplicación a esta cláusula, deben realizarse las siguientes consideraciones, las cuales deberían tener en cuenta todos aquellos clientes bancarios que han venido a abonar íntegramente los gastos de constitución de su préstamo hipotecario.

-Los gastos de constitución de hipoteca pueden ser reclamados, en caso de haber sido satisfechos en su integridad por el cliente, pudiendo en particular ser objeto de reclamación; los aranceles devengados por Notario y Registrador de la Propiedad, así como el importe liquidado por el del Impuesto

de Actos Jurídicos Documentados, en lo que se refiere a la constitución del derecho real de hipoteca y a la expedición de documentos notariales.

-Para que la reclamación resulte viable deben disponerse de todos aquellos documentos que acrediten, por un lado, el importe de los gastos de constitución que se ocasionaron, y por otro, su efectivo abono por parte de quien pretende su devolución.

-El importe de la reclamación resulta variable, puesto que este tipo de gastos se determinan en función de diversos criterios (importe del préstamo, número de folios de la escritura de constitución, etc).

-Por su parte, el Real Decreto-ley, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, ha establecido un procedimiento de reclamación extrajudicial que, *a priori*, excluye la reclamación de los gastos que han sido abonados exclusivamente por el cliente con ocasión de la constitución del préstamo hipotecario.

Así, resulta recomendable que el cliente solicite la devolución de estas cantidades al Servicio de atención al cliente de la entidad bancaria de que se trate, y en caso de que esta no dé respuesta a la solicitud, puede acudir a los Tribunales.



Rafael de la Torre Martín

Abogado