



icava

Ilustre Colegio de
Abogados de Valladolid



Universidad de Valladolid

MÁSTER EN ABOGACÍA. TRABAJO FINAL DE MÁSTER

LA ATRIBUCIÓN DE GASTOS HIPOTECARIOS

AUTOR: MARIO DE PAZ SASTRE

TUTOR: JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ

PRIMERA CONVOCATORIA

ÍNDICE

1. <u>INTRODUCCIÓN.</u>	Página 5
2. <u>SUPUESTO DE HECHO.</u>	Páginas 6-8
3. <u>ANTECEDENTES.</u>	Páginas 8-16
3.1. STS 705/2015, de 23 de diciembre. Acción de nulidad colectiva. ..	Págs. 8-10
3.2. SSTs 147/2018 y 148/2019, de 15 de marzo. Doctrina sobre el pago del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.....	Págs. 10-12
3.3. STS 1505/2018, de 16 de octubre. Alteración de la doctrina sobre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.....	Págs. 12-13
3.4. SSTs 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre. Doctrina definitiva sobre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. ..	Págs. 14-16
4. <u>FUNDAMENTOS DE DERECHO: SSTs 23-01-2019.</u>	Páginas 16-28
4.1. Doctrina del TS. Reparto de gastos.....	Páginas 16-23
4.1.1. Comisión de apertura.....	Páginas 19-20
4.1.2. Arancel Notarial.....	Páginas 20-21
4.1.3. Arancel de Registro.....	Páginas 21-22
4.1.4. Gastos de gestoría.....	Páginas 22-23
4.2. Otras cuestiones.....	Páginas 23-28
4.2.1. Gastos de tasación.....	Páginas 23-26
4.2.2. Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.....	Páginas 26-28
5. <u>ACTUACIÓN A SEGUIR.</u>	Páginas 28-33
5.1. Reclamación previa al amparo del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.....	Páginas 28-30
5.1.1. Contenido de la reclamación.....	Páginas 30-31
5.1.2. Contestación y posible demanda.....	Páginas 31-33
6. <u>CONCLUSIONES.</u>	Páginas 31-33
7. <u>RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA.</u>	Páginas 33-34
8. <u>BIBLIOGRAFÍA.</u>	Páginas 34-35
9. <u>WEBGRAFÍA.</u>	Página 35

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en las sentencias de 23 de enero de 2019 puso fin a la controversia que durante tantos años se había suscitado en relación al reparto de las partidas que integran la cláusula «gastos» en un contrato de préstamo hipotecario entre un consumidor y una entidad bancaria, considerada abusiva en multitud de sentencias.

En estas resoluciones, el Alto Tribunal ha fijado definitivamente su doctrina sobre estas cláusulas abusivas, que implicaban la imposición al prestamista de la totalidad de gastos derivados del préstamo hipotecario (en concreto, los gastos de comisión de apertura, Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, Arancel de Notario y Registro de la Propiedad, y gastos de gestoría), cuya nulidad ya había sido determinada en sentencias anteriores pero hasta el 23 de enero de 2019 el TS no fijó su doctrina sobre el reparto de las distintas partidas en las hipotecas constituidas antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

En el presente Trabajo de Fin de Máster partiremos del supuesto de hecho consistente en la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario entre un matrimonio y una entidad bancaria en el año 2012 para la adquisición de una vivienda en Valladolid, en cuyo clausulado encontramos la cláusula de comisión de apertura y la cláusula que atribuye al prestatario el abono de la totalidad de gastos derivados de la suscripción del préstamo hipotecario, para analizar la jurisprudencia del TS en esta materia y su aplicación práctica, haciendo mención a las distintas sentencias que han precedido al caso que abordamos.

- Abreviaturas utilizadas:

>**AP:** Audiencia Provincial.

>**Art.:** Artículo.

>**BBVA:** Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.

>**CC:** Código Civil.

>**FJ:** Fundamento Jurídico.

>**IAJD:** Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

>**ITPO:** Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

- >**JPI**: Juzgado de Primera Instancia.
- >**LH**: Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
- >**LRCCI**: Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.
- >**OCU**: Organización de Consumidores y Usuarios.
- >**SAP**: Sentencia de la Audiencia Provincial.
- >**STS**: Sentencia del Tribunal Supremo.
- >**SSTS**: Sentencias del Tribunal Supremo.
- >**TAE**: Tasa Anual Equivalente.
- >**TR-LITPOAJD**: Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- >**TR-LGDCU**: 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.
- >**TS**: Tribunal Supremo.

2. SUPUESTO DE HECHO.

El matrimonio conformado por don Pedro y doña Marta suscribió préstamo hipotecario el 14 de junio de 2012 por un importe de 82.000€ en escritura pública ante el Colegio de Notarios de Valladolid con la entidad bancaria CAJA DE AHORROS DE SALAMANCA Y SORIA, ahora integrante del grupo UNICAJA BANCO, para la adquisición de la que sería su vivienda habitual.

El día 14 de enero de 2019 presentan la escritura de su hipoteca acompañada de una serie de facturas ante un despacho de abogados, para consultar sobre la posibilidad de recuperar las cuantías abonadas en concepto de comisión de apertura y los distintos gastos originados por la formalización de su hipoteca. En la citada escritura, encontramos las siguientes cláusulas:

En la cláusula cuarta se hace referencia a las comisiones del préstamo, incluyéndose en el siguiente texto: *«El Banco percibirá una comisión de apertura, cuyo importe será la suma resultante del cero con cincuenta por ciento (0,50%) sobre el principal del préstamo, a pagar por una sola vez al formalizarse la presente escritura, mediante adeudo en la cuenta abierta a nombre de la parte prestataria»*. Por aplicación de esta cláusula, los particulares abonaron un total de 410€.

En la cláusula quinta, cláusula «GASTOS», se dispone que *«Serán de cuenta de la PARTE PRESTATARIA:*

- a) Los gastos de tasación del inmueble y comprobación registral del inmueble que se hipoteca.*
- b) Los aranceles notariales y registrales, y los impuestos, que se originen o deriven del contenido de la presente escritura, y de las escrituras previas, posteriores o conexas, así como, en su caso, de sus modificaciones, aclaraciones o subsanaciones posteriores, incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía y ejecución de este contrato. Los gastos de cancelación de la hipoteca serán de quien en su día lo solicite.*
- c) Gastos de tramitación de las escrituras mencionadas en el apartado anterior ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos.*
- d) Las tasas e impuestos que graven el bien hipotecado, gastos de comunidad o de la entidad de conservación en que se integre el bien hipotecado, y en general todos los gastos derivados de su conservación, incluidos los seguros a que haga referencia la presente escritura.*
- e) Las costas y gastos del procedimiento judicial o extrajudicial seguido para el cobro de la deuda, incluso los honorarios de Letrado y derechos del Procurador, si la CAJA DE AHORROS utilizase sus servicios, aunque no sea preceptivo.*
- f) Cualquier otro gasto, que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la CAJA dirigida a la concesión o administración del mismo, incluida la cobertura del riesgo de incremento de tipo de interés a la que hace referencia la Cláusula TERCERA BIS.*

Los gastos correspondientes a tributos, primas, honorarios o derechos de personas o entidades distintos de la propia PRESTAMISTA podrán ser suplidos, en su caso, por ésta, realizando los pagos a las personas o en las oficinas correspondientes y cargando su importe a la PARTE PRESTATARIA en la cuenta de adeudo de los pagos derivados del préstamo.

En caso de ejecución, si la CAJA llegara a adquirir o a adjudicarse la titularidad del bien hipotecado, en cualquier supuesto procesal en que fuera posible, la PARTE PRESTATARIA faculta a la CAJA para que descuente del precio del remate el importe de los gastos e impuestos por la adquisición de la propiedad, los gastos de cancelación de hipoteca y de inscripción de la adquisición en el Registro de la

Propiedad, conceptos que expresamente se establece sean de cuenta y cargo de la PARTE PRESTATARIA, en caso de transmisión de la propiedad de la finca a la PRESTAMISTA.».

En aplicación de estas cláusulas, el matrimonio abonó un total de 1.915€, desglosados en 410€ como cláusula de apertura, 735€ en concepto de gastos de notaría, 235€ de arancel de registro, 115€ como gastos de gestoría y 420€ como gastos de tasación, y su objetivo es recuperar la totalidad de las cantidades abonadas, a su juicio indebidamente, al banco.

3. ANTECEDENTES.

En este tercer epígrafe realizaremos un breve repaso de la jurisprudencia anterior del TS en lo relativo a la cláusula «GASTOS», antes de entrar propiamente en el análisis de las sentencias de enero de 2019, ya que el TS enumera una serie de resoluciones judiciales anteriores que han contribuido a configurar definitivamente la doctrina sobre esta cláusula abusiva y las distintas partidas que la integran, especialmente el IAJD.

3.1. STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015. Acción colectiva contra contratos bancarios.

La STS 705/2015 es un punto de partida necesario en el análisis y revisión de la nulidad de la cláusula gastos¹. En la STS de 23 de diciembre de 2015, el TS resuelve en relación al ejercicio de una acción colectiva por parte de la Organización de Consumidores y Usuarios² contra las entidades Banco Popular Español, S.A., y BBVA, S.A., solicitando la declaración del carácter abusivo y nulidad de una pluralidad de estipulaciones contenidas en contratos bancarios, para tenerlas por no puestas, y la orden de cesación en el empleo y difusión de dichas condiciones generales de contratación declaradas nulas³.

Entre las cláusulas sobre las que la OCU solicitaba la nulidad, encontramos un equivalente a la cláusula GASTOS contenida en nuestro supuesto de hecho, conforme a la cual se le atribúan exclusivamente a la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos originados por la preparación, formalización y ejecución del contrato⁴.

¹ CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL CARMEN, «Cláusula de impuestos y gastos (I)», en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, Valencia, 2019, pág. 533.

² En adelante, OCU.

³ STS 705/2015, de 23 de diciembre. FJ 1º, resumen de antecedentes.

⁴ STS 705/2015, FJ 5º.

El TS se remite al art. 89.3 TR-LGDCU, conforme al cual tendrá la consideración de cláusula abusiva «*la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario*» (apartado 3), y en particular, en la compraventa de viviendas, «*la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)*» (apartado 3.3º, letra a) y «*la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario*» (apartado 3.3º, letra c)⁵.

Así, señala el TS en el quinto fundamento jurídico de esta sentencia

“Baste recordar, 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, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa**, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, **además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas** (art. 89.2 TRLGCU)”.*

En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, el TS continúa señalando en esta sentencia que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que se devengan de la operación, al menos en lo relativo al IAJD, de modo que «*será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y*

⁵ STS 705/2015, FJ 5º.

testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3.c) TR-LGDCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario [...]»⁶.

3.2. SSTs 147/2019 y 148/2019, de 15 de marzo de 2018. Doctrina sobre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Las dos sentencias de marzo de 2018 muestran interés para el presente supuesto de hecho por darse en ellas una primera fijación en el fallo de la doctrina del TS sobre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, siendo precisada posteriormente en las sentencias de octubre y noviembre de 2018.

En el fundamento jurídico sexto de ambas sentencias, el TS determina en relación a la atribución del pago de todos los impuestos derivados del préstamo al cliente que la cláusula es abusiva en su totalidad, *«en cuanto que, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imponible. O incluso en cuanto considera exentos de tributación determinados actos que, sin embargo, son incluidos en la condición general litigiosa como impuestos a cargo del prestatario».*

En esta sentencia, el TS cita como antecedente entre otras la STS 705/2015, de 23 de diciembre, mencionada previamente, señalando que⁷:

«A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos).

[...]

Del mismo modo, en materia tributaria, lo que se reprochó es que se atribuyera en todo caso al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas, cuando según la legislación los sujetos pasivos pueden ser diferentes, en función de hechos imponible también diferentes.

4.- Sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el

⁶ STS 705/2015, FJ 5º.

⁷ SSTs 147/2018 y 148/2018, FJ 4º.

prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, quienes concretaran cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación»⁸.

Anulada la condición general que impone el pago de todos los impuestos y gastos, lo que procede es aplicar la legalidad vigente, pues la determinación del sujeto pasivo de un impuesto, como señala el TS, «*es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE*»⁹.

El TS señala en el FJ 5º que la jurisprudencia de la Sala Tercera interpreta la normativa en materia tributaria sobre esta materia en el sentido de que sea el prestatario el sujeto pasivo del ITPO en un préstamo con garantía hipotecaria, por ser el préstamo el elemento principal del contrato, en aplicación del art. 15.1 TR-LITPAJD. En lo que respecta al IAJD, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto que se documenta, igualmente será sujeto pasivo el prestatario¹⁰ en aplicación de la doctrina del TS y los arts. 27.3 y 28 TR-LITPAJD y los arts. 66,3, 67 y 68 del Reglamento que desarrolla dicha normativa.

Así, en el fallo de las dos sentencias de marzo de 2018, el TS aclara y fija las reglas que habrán de seguirse en lo que afecta al pago del impuesto, en los siguientes términos:

“En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

- a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, **el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.***
- b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.*
- c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario,*

⁸ STS 148/2018, de 15 de marzo. FJ 4º, pronunciamientos jurisprudenciales previos sobre la abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios.

⁹ SSTS 147/2018 y 148/2018, FJ 6º.

¹⁰ PALOMAR OLMEDA, A., *Actos jurídicos documentados: el problema suscitado y el valor de la jurisprudencia*, Diario La Ley, núm. 9330, 2019, págs. 3 y ss.

salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales.»

Esta doctrina fue alterada en las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre, para ser definitivamente ratificada en las sentencias de 27 de noviembre de 2018 (SSTS 1669/2018, 1670/2018, 1671/2018).

3.3. STS 1505/2018, de 16 de octubre. Alteración de la doctrina sobre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

La Sala Tercera del TS, en la sentencia de 16 de octubre de 2018 (así como en las sentencias de 22 y 23 de octubre¹¹), alteró la tradicional doctrina jurisprudencial que atribuía el pago del IAJD al prestatario en los préstamos con garantía hipotecaria, fijando al acreedor hipotecario, la entidad bancaria, como sujeto pasivo del IAJD¹².

La Sala en estas sentencias basó su razonamiento para alterar la jurisprudencia sobre el sujeto pasivo del IAJD en tres motivos principales¹³: el requisito de la inscribibilidad, la configuración legal de la base imponible y el tenor literal del art. 29 TR-LITPOAJD¹⁴.

La circunstancia de la inscribibilidad determinaría, según el TS, que el préstamo hipotecario se sujete al IAJD en lugar de al ITPO. Sin embargo, un préstamo no goza de la condición de inscribible según el art. 2 LH, por no tratarse de un derecho real, en contraposición con la hipoteca. De hecho, señala el TS, que conforme al art. 1875 CC *«es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad»*.

Con base a estos argumentos, determina el TS en relación con la circunstancia de la inscribibilidad¹⁵:

¹¹ STS 1523/2018, de 22 de octubre y STS 1531/2018, de 23 de octubre.

¹² STS 1505/2018, de 16 de octubre. FJ 6º.

¹³ STS 1505/2018, de 16 de octubre. FJ 5º.

¹⁴ Artículo 29 TR-LITPOAJD, redacción hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 17/2018.

«Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan».

*“El hecho de ser la hipoteca un derecho real de constitución registral la sitúa, claramente, como **negocio principal a efectos tributarios en las escrituras públicas en las que se documentan préstamos con garantía hipotecaria**, pues el único extremo que hace que el citado acto jurídico complejo se someta al impuesto sobre actos jurídicos documentados es que el mismo es inscribible, siendo así que, en los dos negocios que integran aquel acto, solo la hipoteca lo es.*

*En otras palabras, si el tributo que nos ocupa solo considera hecho gravable el documento notarial cuando incorpora "actos o contratos inscribibles en los Registros públicos" que se señalan y si esta circunstancia actúa como *condictio iuris* de la sujeción al impuesto, es claro que en los negocios jurídicos complejos resultará esencial aquel de ellos que cumpla con tal exigencia.*

De no ser así, esto es, si seguimos considerando al préstamo como principal, no tendría demasiado sentido someter al gravamen un negocio jurídico no inscribible solo por la circunstancia de que exista un derecho real accesorio constituido en garantía del cumplimiento de aquél”.

En relación con la configuración legal de la base imponible¹⁶, el TS parte del art. 30.1 TR-LITPOAJD¹⁷ para determinar que el aspecto principal del negocio jurídico sería la hipoteca, porque los extremos a los que el precepto se refieren (intereses, indemnizaciones) sólo pueden determinarse porque figuran en la escritura pública de constitución; y llega a una reflexión: la capacidad contributiva que el negocio pone de manifiesto es la del acreedor hipotecario, que sería el único interesado en la inscripción del título en el Registro de la Propiedad.

Así, entiende el TS que *«el beneficiario del documento que nos ocupa no es otro que el acreedor hipotecario, pues él (y solo él) está legitimado para ejercitar las acciones (privilegiadas) que el ordenamiento ofrece a los titulares de los derechos inscritos. Solo a él le interesa la inscripción de la hipoteca (el elemento determinante de la sujeción al impuesto que analizamos), pues ésta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad»*¹⁸.

No obstante, este criterio, como veremos seguidamente, se verá nuevamente alterado en las sentencias de 27 de noviembre de 2018, en las cuales el Pleno de la Sala Tercera vuelve al criterio tradicional de la jurisprudencia del TS, conforme al cual el prestatario es sujeto pasivo del IAJD.

¹⁵ STS 1505/2018, FJ 5º.

¹⁶ STS 1505/2018, FJ 5º.

¹⁷ Art. 30.1 TR-LITPOAJD. Base imponible. *«La base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos [...]».*

¹⁸ STS 1505/2018, FJ 5º.

3.4. SSTS 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre. Doctrina definitiva sobre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Las sentencias del TS de 27 de noviembre de 2018 revisten una importancia trascendental, por suponer la rectificación por el Pleno de la Sala Tercera de la jurisprudencia anteriormente emanada por la Sección Segunda de la Sala Tercera en las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre, en relación con la determinación del sujeto pasivo del IAJD en relación con los préstamos hipotecarios, por la «controversia social»¹⁹ originada por dichas sentencias, las cuales fijaban como sujeto pasivo al prestamista en el pago del IAJD.

El Pleno del TS determina, en contraposición a las sentencias que hemos mencionado con anterioridad, que el sujeto pasivo del IAJD en la constitución del préstamo hipotecario sigue siendo el prestatario, como venía manteniendo la línea jurisprudencial de la Sala Tercera desde 1988 con la normativa anterior hasta la actualidad²⁰, resolviendo así la continuidad de la jurisprudencia anterior para evitar un criterio discordante a raíz de las sentencias de octubre de 2018.

Ya en el año 1989 encontramos referencia al prestatario como sujeto pasivo del IAJD, así, bajo la vigencia del anterior Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, encontramos la STS 383/1989, citada por el TS en la presente sentencia²¹ en los siguientes términos²²:

*“La cuestión que propone la apelante, relativa a que, en su caso, el sujeto pasivo del Impuesto sería el Banco acreedor, es también lo cierto que el documento liquidado contiene el otorgamiento de un préstamo, como negocio jurídico principal, al que se yuxtapone en garantía del mismo una constitución de hipoteca, **resultando sujeto obligado al pago el prestatario**, no ya por la determinación concreta del art. 8.º-d) del Reglamento citado, sino por la que señalan los arts. 30 del Texto refundido de la Ley y 41 del Reglamento, pues no cabe duda que el negocio jurídico principal es el de préstamo (del que la hipoteca es un negocio jurídico accesorio de garantía) y el beneficiario de aquél, en cuyo interés se formalizó, es la apelante.”*

¹⁹ STS 1669/2018, de 27 de noviembre. FJ 2º, circunstancias concurrentes en los recursos avocados a Pleno.

²⁰ STS 1669/2018, FJ 2º.

²¹ STS 1669/2018, FJ 6º.

²² STS 383/1989, de 25 de septiembre. FJ 3º.

Es decir, encontramos ya desde 1989 una línea jurisprudencial en el TS que calificaba al prestatario como sujeto pasivo del IAJD, por ser beneficiario del préstamo, negocio jurídico principal del que la hipoteca es una garantía accesoria, y que tradicionalmente se consideran como un único negocio jurídico completo.

Prosigue el TS citando otras sentencias posteriores²³, como la STS 7624/1992, de 9 de octubre; STS 8965/2001, de 17 de noviembre; STS 9012/2001, de 19 de noviembre; STS 4629/2002, de 24 de junio; o STS 159/2004, de 20 de enero, en las que encontramos este mismo criterio: se da un único hecho imponible en el negocio jurídico, del cual el prestatario es sujeto pasivo como beneficiario del bien o derecho que se adquiere, el préstamo.

Entiende el Pleno del TS que esta doctrina se ha mantenido de forma constante en la Sala Tercera y que, de hecho, la Sala de lo Civil en las dos sentencias que han sido citadas en un epígrafe anterior (SSTS 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo), se había alineado con la doctrina de la propia Sala Tercera, motivo por el que mantiene la jurisprudencia que califica como sujeto pasivo del IAJD al prestatario y desautoriza el cambio jurisprudencial llevado a cabo en octubre de 2018.

Así, para el Alto Tribunal, el valor de la jurisprudencia está en estrecha dependencia con el principio de seguridad jurídica, que requiere la previsibilidad de las resoluciones judiciales, la cual no quedaría asegurada si la jurisprudencia quedara a expensas de cambios ocasionales en la composición de un órgano colegiado o de sus pareceres subjetivos, salvo que el cambio jurisprudencial venga justificado por la modificación de factores jurídicos. Basar el cambio en la discrepancia entre criterios interpretativos priva de justificación el criterio seguido por el fallo de las sentencias de esta Sala, dictadas en octubre por su Sección Segunda en contra de la jurisprudencia constante de la Sala, doctrina confirmada por el Pleno²⁴.

En definitiva, en esta sentencia el TS ratifica la jurisprudencia vigente hasta 2018, el sujeto pasivo del IAJD cuando el documento sujeto es una escritura pública de constitución de un préstamo con garantía hipotecaria es el prestatario, en su condición de

²³ STS 1669/2018, FJ 6º.

²⁴ «El Tribunal Supremo retorna a su criterio tradicional sobre el sujeto pasivo de AJD en la constitución de hipotecas». Fiscal-Impuestos. Editorial.

adquirente del negocio principal documentado²⁵, dada la existencia de una jurisprudencia uniforme y constante sobre esta materia en las Salas Primera y Tercera.

En cualquier caso, el TS abre la puerta a que, por razones de política legislativa, la definitiva determinación del sujeto pasivo dependa del legislador como, efectivamente, ha sucedido con la aprobación del Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modificó el art. 29 TR-LITPOAJD²⁶, determinando la atribución del pago del tributo al prestamista pero, en cualquier caso, esta previsión es únicamente aplicable a los préstamos hipotecarios celebrados con posterioridad a su entrada en vigor.

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO: SENTENCIAS 23-01-2019.

4.1. Doctrina del TS. Reparto de gastos.

El Pleno de la Sala Primera del TS publicó el 23 de enero de 2019 un total de cinco sentencias (STS 44/2019, STS 46/2019, STS 47/2019, STS 48/2019, STS 49/2019) en las que parte de la doctrina anterior sobre cláusulas abusivas en derecho hipotecario (y en particular en la STS 148/2018, de 15 de marzo), sistematiza y aclara el contenido de la misma en lo relativo a la cláusula «GASTOS».

El TS reitera, en todo caso, que ya se había pronunciado previamente sobre la abusividad de la cláusula que impone al prestatario *«el pago de todos los gastos ocasionados por la preparación, la formalización, la subsanación, la tramitación y la modificación del préstamo hipotecario, la constitución y la cancelación de la garantía, además de otros gastos que aquí no son relevantes»*²⁷, recordando la STS 705/2015, de 23 de diciembre, en la que el Alto Tribunal declaró la nulidad por abusiva de dicha condición general (como ha sido mencionado en el epígrafe anterior), por ocasionar un desequilibrio relevante sobre el consumidor al impedir una mínima reciprocidad en el reparto de los gastos producidos, aunque el TS no se pronunciase específicamente sobre los efectos de la declaración de nulidad de dicha cláusula.²⁸

²⁵ STS 1669/2018, FJ 8º.

²⁶ Art. 29 TR-LITPOAJD, redacción actual. *«Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista».*

²⁷ STS 44/2019, de 23 de enero. FJ 7º.

²⁸ STS 44/2019, FJ 7º; citando la STS 705/2015, de 23 de diciembre. FJ 5º, séptimo motivo.

De hecho, señala el TS que ya en la Disposición Adicional Primera de la ley anterior al TR-LGDCU (Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –LGDCU–), encontramos por remisión de su art. 10 bis apartado 1 un listado de cláusulas abusivas, y en concreto, en su apartado 22.a), que equivale al actual art. 89.3.a) TR-LGDCU²⁹:

«3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al profesional. En particular, en la compraventa de viviendas:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al profesional (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).»

La cuestión que se ha planteado desde entonces en los distintos Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales ha sido la consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula que implica la atribución de todos los gastos al prestatario, teniendo en cuenta que esas cantidades no han sido pagadas por el particular al banco sino a un tercero³⁰ (notario, registrador de la propiedad, gestoría...), de tal forma que no entraría en juego el efecto restitutorio del art. 1303 CC³¹ como reclamaban los particulares en los distintos recursos de casación que resuelve el TS, pues en ningún caso estos terceros pueden dejar de percibir lo que por Ley les corresponde por su actividad profesional³².

La solución que adopta el TS para la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor es mantener la vigencia del contrato si puede subsistir sin la cláusula declarada abusiva, en aplicación del tenor literal del art. 83 TR-LGDCU³³, actuando como si dicha cláusula nunca hubiera existido al decretarse su nulidad, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontado por la parte a la que le corresponde, según lo que hubiera previsto el Ordenamiento Jurídico en el momento de la firma del contrato.³⁴

²⁹ STS 46/2019, FJ 2º.

³⁰ ÁLVAREZ-ROYO VILANOVA, S., *Los gastos hipotecarios tras la última jurisprudencia (SSTS de 23-1-2019)*, en HayDerecho.Expansion.

³¹ Artículo 1303 CC. «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

³² STS 44/2019, FJ 7º; STS 46/2019, FJ 6º; STS 47/2019, FJ 4º; STS 48/2019, FJ 4º; STS 49/2019, FJ 4º, todas ellas de 23 de enero de 2019.

³³ Artículo 83 TR-LGDCU. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato. «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».

³⁴ SSTS 44/2019, FJ 7º; 46/2019, FJ 6º; 47/2019, FJ 4º; 48/2019, FJ 4º; 49/2019, FJ 4º.

Para ello, el Tribunal recurre al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE³⁵, que exige el restablecimiento en la situación de hecho y de Derecho al consumidor en el caso de que no hubiera existido la cláusula «GASTOS» a la que estamos haciendo referencia en este supuesto de hecho, de tal manera que corresponde a la entidad prestamista la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor a estos terceros por la existencia de la estipulación abusiva, actualizadas con el interés legal del dinero devengado desde la fecha de su pago.

El TS asimila esta situación a la figura del enriquecimiento injusto, *«en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al aborrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor»*³⁶ y, en consecuencia, tras declarar su abusividad determina en las sentencias a las que hacemos mención en este supuesto la distribución de los gastos entre las partes.

Igualmente, en estas sentencias hace mención al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (IAJD), reiterando la doctrina fijada en las sentencias de 27 de noviembre de 2018 (STS 1669, 1670 y 1671), así como a la cláusula de comisión de apertura, a las cuales haremos mención en este dictamen.

Por último, nos pronunciaremos sobre los gastos de tasación del inmueble, cuestión que queda pendiente de pronunciamiento por parte del TS y sobre la cual ya se han pronunciado las AP en distintos sentidos, ya sea a favor del pago por mitad entre las partes o del pago íntegro por el cliente o la entidad bancaria.

En cualquier caso, cabe precisar que la doctrina del TS en estas sentencias es aplicable para las hipotecas suscritas hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, aplicable para las hipotecas suscritas a partir del 16 de junio de 2019³⁷, y que aclara, como señalaremos en cada partida, cómo se producirá desde entonces el reparto de los gastos hipotecarios.

³⁵ Artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».*

³⁶ SSTs 44/2019, FJ 7º; 46/2019, FJ 6º; 47/2019, FJ 4º; 48/2019, FJ 4º; 49/2019, FJ 4º.

³⁷ «Ley de crédito hipotecario: por fin aprobada». OCU.org.

4.1.1. Comisión de apertura.

El TS, en su sentencia 44/2019, de 23 de enero, fija como criterio definitivo que la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia³⁸. El TS determina en esta sentencia que el precio del préstamo hipotecario lo conforman tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura, que *«constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales»*.

En efecto, no se trata propiamente de un gasto repercutido al cliente, como señala el TS, sino que se cobra una primera partida del precio del préstamo que la entidad bancaria ofrece al cliente. Una tesis opuesta, señala el TS, *«llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad, y sólo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa entidad»*³⁹.

Dado que ambas partidas forman parte del precio del préstamo, son objeto de regulación tanto por normas de Derecho Comunitario como de Derecho interno. En este sentido, señala el TS⁴⁰:

“La normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar su transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existencia e inclusión en el cálculo de la TAE), pero no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia y, desde luego, no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto.

El hecho de que esas actuaciones iniciales sean ‘inherentes’ a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo no impide que ésta pueda estructurar el precio de sus servicios distinguiendo el interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el art. 87.5 TRLCU.”

Como componente de uno de los principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por retribuir una serie de actuaciones *«inherentes al*

³⁸ STS 44/2019, FJ 3º.

³⁹ STS 44/2019, FJ 3º.

⁴⁰ STS 44/2019, FJ 3º.

negocio bancario», según el TS, esta comisión «entra de lleno en la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE», es decir, en este caso no estaríamos ante una cláusula abusiva por ser una partida más del precio, como sí ocurre con aquella estipulación que atribuye el pago íntegro de todos los gastos derivados del préstamo hipotecario al cliente, sobre la cual nos pronunciaremos a continuación en este dictamen. Como es habitual que el consumidor conozca se su existencia, y que la entidad financiera lo publicite, superaría el control de transparencia⁴¹.

Así, en definitiva, el TS determina no es propiamente abusiva la opción de dividir el precio del préstamo hipotecario en una comisión de apertura, que se cobra en el momento de la concesión del préstamo, y en un interés remuneratorio, que se cobra durante toda la duración del préstamo. El importe de esta comisión de apertura, a juicio del TS, entra dentro de la libertad de la entidad financiera para fijar los precios de sus servicios, y por tanto al TS no le corresponde analizar si éste es proporcionado o no, por tratarse de un control de precios excluido expresamente por el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE⁴².

4.1.2. Arancel Notarial.

Como se ha indicado previamente, en la sentencias de 23 de enero de 2019 el TS ratificó la abusividad de la cláusula que imponía el pago de la totalidad de los gastos de notario en los préstamos hipotecarios concertados con consumidores, y estableció de forma definitiva el reparto de esta partida en las hipotecas concertadas antes del 16 de junio, fecha en la que entra en vigor la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que atribuye su pago íntegro al prestamista⁴³.

El TS considera que prevalece una consideración unitaria del conjunto de negocios jurídicos que integran la escritura pública (préstamo e hipoteca), y por ello se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario⁴⁴, recordando el contenido de la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios:

⁴¹ «El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la Distribución de Gastos en los Préstamos Hipotecarios». Notariosyregistradores.com

⁴² Artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE. «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles».

⁴³ Artículo 14 LCCI. Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, letra e).ii. «El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite».

⁴⁴ SSTS 44/2019, FJ 7º; 46/2019, FJ 3º; 47/2019, FJ 5º; 48/2019, FJ 5º; 49/2019, FJ 5º.

“La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieran requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales y, si fueren varios, a todos ellos solidariamente”.

Partiendo de esta posición, el TS en estas sentencias determina que la intervención del notario interesa a ambas partes⁴⁵, distribuyendo por mitad⁴⁶ los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario. Para el prestamista, el interés reside en la obtención de un título ejecutivo⁴⁷ y un documento que le permita inscribir la hipoteca en el Registro de la Propiedad para formalizar su constitución⁴⁸; para el prestatario, su interés radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria, que se concede a un tipo de interés inferior al que se establece en los préstamos sin dicha garantía.

Por este motivo, como la normativa notarial habla en general de “interesados”, sin especificar cuál de las partes es el interesado a efectos de redacción de la matriz, entiende el TS que *«es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento»*⁴⁹, misma solución que adopta para la escritura de modificación del préstamo hipotecario, ya que ambas partes están interesadas en la modificación o novación⁵⁰.

En relación a la escritura de cancelación de hipoteca, el interesado en la liberación de gravamen es el prestatario, por lo que asume íntegramente este gasto. Las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo han de ser abonadas por quien las solicite, puesto que la solicitud determina su interés⁵¹.

4.1.3. Arancel de Registro.

Al igual que ocurre con los gastos notariales, el TS mantuvo el 23 de enero el carácter abusivo de la cláusula que implica la imposición íntegra de los gastos ocasionados por la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. De hecho, en las sentencias que aquí analizamos, es la única partida cuyo pago el TS atribuye íntegramente al prestamista⁵², por cuanto la Norma Octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de

⁴⁵ SSTs 44/2019, FJ 7º; 46/2019, FJ 3º; 47/2019, FJ 5º; 48/2019, FJ 5º; 49/2019, FJ 5º.

⁴⁶ *«El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la Distribución de Gastos en los Préstamos Hipotecarios»*.
Notariosyregistradores.com

⁴⁷ Artículo 517.2.4º LEC.

⁴⁸ Artículo 1875 CC y Artículo 3 LH.

⁴⁹ SSTs 44/2019, FJ 7º; 46/2019, FJ 3º; 47/2019, FJ 5º; 48/2019, FJ 5º; 49/2019, FJ 5º.

⁵⁰ SSTs 46/2019, FJ 3º; 47/2019, FJ 5º; 48/2019, FJ 5º; 49/2019, FJ 5º.

⁵¹ SSTs 46/2019, FJ 3º; 47/2019, FJ 5º; 48/2019, FJ 5º; 49/2019, FJ 5º.

⁵² SSTs 44/2019, FJ 7º; 46/2019, FJ 4º; 47/2019, FJ 6º; 48/2019, FJ 6º; 49/2019, FJ 6º.

17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad determina que:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

A tales efectos, el art. 6 LH dispone:

«La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente:

b) Por el que lo transmita.

c) Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.»

Aquí nos encontramos, como señala el TS, con que la norma que regula los Aranceles de Registro de la Propiedad sí que establece una regla de imputación directa de los gastos a aquél en cuyo favor se inscribe el derecho, es decir, el prestamista.

De este modo, como la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad a quien interesa es al prestamista, tendrá que abonar de forma íntegra los gastos que deriven de la misma. Este mismo criterio se recoge en la Ley 5/2019, que igualmente atribuye su pago íntegro al prestamista⁵³.

Por su parte, el prestatario abonará la totalidad de los gastos derivados de la inscripción de la escritura de cancelación⁵⁴, en tanto que le libera del gravamen⁵⁵.

4.1.4. Gastos de gestoría.

Los gastos de gestoría conforman la última partida sobre la que se pronuncia el TS en las distintas sentencias de 23 de enero de 2019 y, al igual que ocurre con las cantidades abonadas a notario y registrador de la propiedad, se trata de un pago realizado a un tercero por su intervención profesional en la constitución de un préstamo hipotecario.

A tal efecto, señala el TS que *«no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario»*, y define esta partida como *«gestiones derivadas de la formalización del*

⁵³ Artículo 14 LCCI. Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, letra e).iii. *«Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista».*

⁵⁴ *«El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la Distribución de Gastos en los Préstamos Hipotecarios».* Notariosyregistradores.com

⁵⁵ SSTs 46/2019, FJ 4º; 47/2019, FJ 6º; 48/2019, FJ 6º; 49/2019, FJ 6º.

préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad, o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados»⁵⁶.

Pueden ser llevadas a cabo tanto por el cliente como por el banco, aunque el TS se remite al art. 40 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios⁵⁷, que establece la obligación de llegar a un acuerdo en el nombramiento del gestor entre ambas partes. En este sentido, como al recurrir a los servicios de un gestor, *«las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad»*, fijando el pago al 50% de estos gastos en las hipotecas concertadas antes del 16 de junio de 2019, ya que la nueva Ley fija su atribución íntegra al prestamista.⁵⁸

4.2. Otras cuestiones.

4.2.1. Gastos de tasación.

Como hemos señalado, la cuestión relativa al pago de los gastos de tasación del inmueble está pendiente de resolución por parte del TS, de tal manera que no tenemos una doctrina jurisprudencial uniforme sobre esta partida en las resoluciones judiciales en relación a las hipotecas constituidas antes del 16 de junio, fecha en la que entra en vigor la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo⁵⁹, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que atribuye su pago al prestatario.

En la hipoteca a la que hacemos mención en el supuesto de hecho sobre el que versa el presente dictamen, dentro de la cláusula «GASTOS» encontramos la atribución íntegra de esta partida al prestatario, y por tanto en aplicación de la doctrina jurisprudencial a la que aludimos con anterioridad, ha de entenderse nula de pleno Derecho por abusiva, siendo los tribunales los que se pronuncien sobre las consecuencias de su nulidad en relación a esta partida y, como estamos señalando, la jurisprudencia no es uniforme sobre el

⁵⁶ SSTs 44/2019, FJ 9º; 46/2019, FJ 5º; 47/2019, FJ 7º; 48/2019, FJ 7º; 49/2019, FJ 7º.

⁵⁷ Artículo 40 RD-L 6/2000. Información previa a la formalización de préstamos hipotecarios. *«Las entidades de crédito y las demás entidades financieras deberán hacer constar expresamente en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación, así como la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad prestamista exija para la formalización del préstamo. [...]».*

⁵⁸ Artículo 14 LCCI. Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, letra e).i. *«Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista».*

⁵⁹ Artículo 14 LCCI. Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, letra e).i. *«Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista».*

reparto de esta partida entre prestamista y prestatario. Así, tenemos Audiencias Provinciales que distribuyen esta partida por mitad, Audiencias que atribuyen el pago íntegro al prestamista y Audiencias que aceptan su repercusión íntegra al prestatario.

Podemos citar la AP de Oviedo, sección 1º, Sentencia nº 417/2019, de 14 de mayo de 2019, que en base a las SSTS de 23 de enero determina la distribución por mitad del pago de los gastos de tasación, en su FJ 3º:

*“En cuanto a los gastos de tasación, no cabe desconocer que, en el momento actual, no existe un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre los mismos, ni, tampoco, los diversos criterios existentes al respecto en el ámbito de nuestra propia Audiencia, imputando tal gasto bien al prestatario, bien al prestamista e, incluso, por mitad. **Teniendo en cuenta todo ello y extrapolando el criterio establecido por el Tribunal Supremo en relación con los otros gastos, conforme pasa a razonarse, parece lo más prudente distribuir por mitad el pago de los gastos generados por la tasación.** Al respecto no puede desconocerse que no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. Tampoco, que la tasación es un requisito legal imprescindible para la obtención del préstamo hipotecario, pues así resulta del artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, cuando dice que "el préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley".*

Por otra parte, la ley no prejuzga si la tasación se efectuará por servicio propio de la entidad financiera o por profesional debidamente habilitado designado por el cliente, como permite el artículo 3 bis I de la Ley antes mentada cuando dispone que "las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en dicha Ley y no esté caducada. Y aunque la entidad de crédito podrá realizar las comprobaciones que estime convenientes de la tasación presentada por el cliente, no podrá imputarle ningún gasto o coste por dichas comprobaciones". Ante esta tesitura, teniendo en cuenta el carácter imprescindible de la tasación, como acto preparatorio del contrato, y que el préstamo hipotecario es una realidad inescindible en que concurre el interés de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad”.

Sin embargo, otras AP discrepan del reparto por mitad de este gasto y mantienen su atribución íntegra al prestatario, pese a la doctrina del TS en las sentencias de 23 de enero. En este sentido, la Sección 15ª de la AP de Barcelona, en el FJ 2º su sentencia nº 1896/2019, de 21 de octubre de 2019, ha señalado en relación a esta partida:

*“Por lo que respecta a los gastos de tasación de la finca hipotecada, entendemos que **deben ser soportados en su integridad por el prestatario y, en consecuencia, que no se pueden repercutir en la entidad de crédito.** Corresponde al prestatario ofrecer el bien inmueble que garantice la devolución del préstamo y acreditar que la garantía es suficiente. **Se trata de un gasto precontractual, que asume el prestatario,** se formalice o no la operación. Además, la descripción del inmueble dado en garantía y su valoración aprovecha al comprador más allá de la concesión del préstamo”.*

También tenemos algunas AP que atribuyen el pago de la tasación a la entidad bancaria, como, por ejemplo, el caso de Cuenca. Así, tenemos la SAP nº 214/2019, de 25 de junio, que en su FJ 3º recuerda que es doctrina consolidada por esta misma la imputación de dichos gastos a la entidad bancaria *«por cuanto favorecen al acreedor al determinar el valor de la garantía que ofrece el deudor para cubrir el riesgo de su operación».*

En lo que a nosotros respecta, para la AP de Valladolid, los gastos de tasación han de repartirse por mitad entre ambas partes, por ser interesadas en la prestación de este servicio para la formalización del préstamo hipotecario, coincidiendo con el criterio de la AP de Oviedo.

Citamos para ello la SAP nº 307/2019, de 23 de julio, que en su FJ 2º determina:

“No desconocemos que, conforme a la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, la tasación del inmueble es obligatoria para poder constituir una hipoteca en garantía de un préstamo. Ahora bien, tampoco esta ley ni ninguna otra norma señalan a quién ha de corresponder el abono de los gastos de esta tasación en la relación entre prestamista- prestatario. Lo único que dispone esta ley al respecto, en su art. 3 bis, es que las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación.

De dicha previsión legal no se deriva clara e indubitadamente que sea el prestatario al que corresponda abonar íntegramente el coste de la tasación y que el Banco sólo tenga que sufragar el coste de las comprobaciones extra si se le presenta por el propio cliente una tasación efectuada a su instancia. Por consiguiente, esta previsión legal no enerva la obligación judicial de analizar si esta cláusula que atribuye estos gastos íntegramente al prestatario origina un desequilibrio importante de derechos y obligaciones. Y dicho desequilibrio entendemos se produce en un doble aspecto, primero por tener que abonar el prestatario, íntegramente, este importe junto con todos los demás pese a la posibilidad, facilitada por las normas, de haber repartido equitativamente todos los gastos relativos a la hipoteca; y en segundo lugar por no haberse dado opción a presentar una tasación propia ni existir negociación en la determinación de la entidad que iba a efectuar la tasación. No cabe duda que a ambas partes -prestamista y prestatario- convenía e interesaba la concertación de un préstamo hipotecario. El prestatario, por cuanto se beneficia de la concesión de préstamo obtenido en condiciones más favorables que un préstamo sin la garantía real y con una mayor seguridad y protección frente a eventuales incumplimientos por parte de la entidad crediticia, además de que también se beneficia de la mayor información; y el banco prestamista, porque ve protegido el préstamo concedido con una garantía real de hipoteca y dispone de un título ejecutivo con posibilidad de acceder a una ejecución especial caso de incumplimiento por el prestatario.

*Por tanto, **la tasación del inmueble es requisito imprescindible para la constitución sobre el mismo de la hipoteca que garantiza el préstamo, tratándose de un trámite que interesa por igual a ambas partes, entidad prestamista y prestatario. A falta de negociación individualizada al respecto, parece lógico atribuir su coste por mitad a ambas partes, ratificándose por tanto en este extremo la resolución impugnada***”.

Así pues, y a falta de sentencia del TS que resuelva sobre esta cuestión, siguiendo la doctrina de nuestra AP, el importe que podrá reclamarse en Valladolid, tras declararse la abusividad de la cláusula «GASTOS», sobre la partida de gastos de tasación, es el 50% del coste de la tasación del inmueble.

4.2.2. Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Dos de las sentencias a las que aludimos en este dictamen, la STS 47/2019 y la STS 48/2019, hacen una breve mención a la estipulación que atribuye el pago íntegro de los impuestos al consumidor, que forma parte de la cláusula «GASTOS», recordando su

doctrina⁶⁰ en relación a la atribución indiscriminada al consumidor del pago de todos los gastos e impuestos que genera la concesión del préstamo, mencionada en los epígrafes anteriores del presente dictamen.

Así, como ya se ha mencionado con anterioridad, el pronunciamiento del TS es aplicar la normativa vigente tras eliminar la cláusula «GASTOS» del contrato, pero a diferencia de las partidas a las que seguidamente haremos mención, el resultado de la aplicación del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y el Reglamento que desarrolla dicha normativa implica que sea el prestatario quien asuma el pago del impuesto, en los términos que en la sentencias de marzo de 2018 señaló el TS⁶¹:

“En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

- a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.*
- b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.*
- c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.*
- d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales.”*

⁶⁰ SSTS 47/2019 y 48/2019, FJ 3º en ambas.

⁶¹ Contenido del fallo de las SSTS 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo.

Como hemos señalado, con posterioridad a las sentencias de 2018 se aprobó el Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modificó el art. 29 TR-LITPOAJD⁶², determinando la atribución del pago del tributo al prestamista pero, en cualquier caso, esta previsión es únicamente aplicable a los préstamos hipotecarios celebrados con posterioridad a su entrada en vigor.

5. ACTUACIÓN A SEGUIR.

5.1. Reclamación previa al amparo del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

El 20 de enero de 2017 el Gobierno promulgó el Real Decreto-ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, con el objetivo de ofrecer medidas «dirigidas a la protección a los consumidores», estableciendo un cauce para facilitar la posibilidad de llegar a acuerdos con las entidades de crédito con las que tienen suscrito un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, para poder resolver las posibles controversias suscitadas entre la entidad y el consumidor como consecuencia de los pronunciamientos judiciales acontecidos hasta la fecha, habilitando un cauce extrajudicial.

El Gobierno promulgó este Real Decreto-ley como consecuencia de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo y su nulidad de pleno derecho en la STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, así como por el fallo de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, fijando los efectos de la declaración de abusividad de dichas cláusulas, determinando que éstas nunca habrían existido y la obligación de restituir al consumidor en la situación de hecho y de derecho que se encontraría, en aplicación del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE⁶³, doctrina que, como hemos visto en el epígrafe anterior, asumirá el TS en las Sentencias de 23 de enero de 2019 para decretar la nulidad de la cláusula «GASTOS» y sus efectos.

⁶² Art. 29 TR-LITPOAJD. «Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista».

⁶³ Artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. «Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

Ante la previsión de un incremento de demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades abonadas en aplicación de las cláusulas suelo, el Ejecutivo habilitó un cauce de carácter voluntario, gratuito y extrajudicial para que el consumidor y la entidad bancaria pudieran llegar a acuerdos para la restitución de cantidades, quedando, en cualquier caso, a salvo el derecho del consumidor para obtener una tutela judicial efectiva de su derecho ante los Tribunales, aunque mientras se sustancie la reclamación previa, las partes no podrán entablar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial. En este sentido, cabe tener en cuenta que estos gastos pueden ser reclamados tanto por quienes mantienen su hipoteca vigente, como también por quienes hayan cancelado ya la misma, o quienes ya no ostenten la condición de deudor por haberse subrogado otra persona en su lugar, por tratarse de una acción de nulidad⁶⁴.

Mediante este Real Decreto-Ley, se estableció la obligación para las entidades de crédito de implantar sistemas de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales⁶⁵ en materia de cláusulas suelo, y estos mismos cauces de reclamación extrajudicial son válidos para solicitar ante la entidad de crédito las cantidades abonadas indebidamente en aplicación de la cláusula «GASTOS», motivo por el cual es pertinente plantear la reclamación de los gastos abonados en virtud de la hipoteca ante el servicio de reclamaciones de la entidad de crédito, como paso previo a la hipotética presentación de una demanda.

El Real Decreto prevé un plazo de máximo de tres meses⁶⁶ a contar desde la presentación de la reclamación para llegar a un acuerdo entre la entidad y el consumidor, entendiéndose que este procedimiento concluirá sin acuerdo en los siguientes supuestos:

- a) Si la entidad de crédito rechaza expresamente la solicitud del consumidor.*
- b) Si finaliza el plazo de tres meses sin comunicación alguna por parte de la entidad de crédito al consumidor reclamante.*
- c) Si el consumidor no está de acuerdo con el cálculo de la cantidad a devolver efectuado por la entidad de crédito o rechaza la cantidad ofrecida.*
- d) Si transcurrido el plazo de tres meses no se ha puesto a disposición del consumidor de modo efectivo la cantidad ofrecida.”*

⁶⁴ ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *Cómo reclamar con éxito los gastos de la hipoteca tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019: problemas con que se puede encontrar el prestatario*, Diario La Ley, núm. 9356, 2019, pág. 1.

⁶⁵ Artículo 3.1 Real Decreto-ley 1/2017. «Las entidades de crédito deberán implantar un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales, que tendrá carácter voluntario para el consumidor, y cuyo objeto será atender a las peticiones que éstos formulen en el ámbito de este real decreto-ley [...]».

⁶⁶ Artículo 3.4 Real Decreto-ley 1/2017

En lo que a la práctica profesional de la abogacía respecta, el interés de acudir a este procedimiento extrajudicial en materia de derecho hipotecario viene no solamente por la oportunidad de abrir una vía extrajudicial para conseguir de forma más ágil y económica una solución para la restitución de las cantidades abonadas en concepto de gastos hipotecarios por la cláusula que analizamos en el presente dictamen, sino además, por el hecho de que, conforme al art. 4 del Real Decreto-Ley 1/2017, procede la condena en costas procesales para la entidad bancaria cuando se interponga una demanda judicial en la que el consumidor obtuviera una «sentencia más favorable que la oferta recibida de dicha entidad».

5.1.1. Contenido de la reclamación.

La reclamación al amparo de este Real Decreto-Ley puede ser realizada por el propio consumidor afectado por la presencia de la cláusula «GASTOS» o cualquier otra cláusula abusiva en su hipoteca, sin necesitar en este momento de la asistencia de letrado o procurador, ya que el propio Real Decreto-Ley garantiza la gratuidad de este cauce extrajudicial.

Junto a la reclamación que se presente ante el servicio que a tales efectos haya habilitado la entidad bancaria, el afectado deberá aportar toda la documentación relacionada con el préstamo hipotecario para acreditar la existencia de la cláusula abusiva y el pago indebido de las cantidades a los terceros, para así proceder, en su caso, a la devolución por la entidad de dicho importe o bien acudir a un procedimiento judicial para reclamar la nulidad del clausulado.

De este modo, en la reclamación extrajudicial el consumidor afectado por esta cláusula abusiva deberá acompañar, junto con la referencia del préstamo hipotecario suscrito con la entidad bancaria, en este supuesto concreto, con UNICAJA BANCO – anterior CAJA DE AHORROS DE SALAMANCA Y SORIA–, las facturas que acrediten el pago del arancel notarial, el arancel del Registro de la Propiedad, la tasación del inmueble y los gastos de la gestoría.

En base a estas facturas, se solicita a la entidad financiera el reintegro de las cantidades abonadas a terceros indebidamente por mor de la cláusula «GASTOS», siguiendo la doctrina fijada por el TS en las sentencias de 23 de enero de 2019.

La reclamación se efectúa conforme a lo dispuesto en el punto 3 de la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, por lo que, de no recibir respuesta de la entidad en un plazo de tres meses, corresponde acudir a la jurisdicción civil de acuerdo al artículo 3 del citado Real Decreto-Ley.

5.1.2. Contestación de la entidad. Planteamiento de la demanda.

Transcurrido ese plazo de tres meses, podemos encontrarnos con tres posibles situaciones: que la entidad financiera restituya las cantidades indebidamente abonadas a terceros por el prestatario tras analizar el contenido del clausulado del préstamo y las facturas presentadas, que la oferta presentada por la entidad no satisfaga al consumidor o haya alguna partida discutida, o bien que la entidad financiera no conteste a la reclamación o muestre su negativa a restituir las cantidades a través de este cauce.

Si la oferta no es suficiente, o la entidad financiera no contesta o rechaza la restitución de la cuantía, será el momento de acudir al juicio ordinario solicitando la nulidad de la cláusula «GASTOS» (y cualquier otra cláusula abusiva presente en el contrato de préstamo hipotecario, como podría ser la cláusula del vencimiento anticipado), y la restitución por la entidad de las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor a terceros siguiendo la doctrina del TS.

Esta demanda habrá de presentarse ante los Juzgados de Primera Instancia de Valladolid, conforme a lo previsto en el art. 52.1.14ª LEC y el art. 85.1 LOPJ, por tener el demandante su domicilio en la ciudad de Valladolid; y habrá de sustanciarse conforme a los trámites previstos para los Juicios Ordinarios (art. 249 LEC) por referirse a la nulidad de condiciones generales de la contratación –cláusula «GASTOS»–, así como cualquier otra cláusula abusiva que pudiera aparecer en el contrato de préstamo hipotecario, por tratarse de una cláusula predispuesta para incorporarse en multitud de contratos.

6. CONCLUSIONES.

Desde la declaración de nulidad de la cláusula que imponía al prestatario el pago de todos los gastos ocasionados por la formalización del préstamo hipotecario con la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, encontramos diversas resoluciones en relación a los gastos de notaría, registro y gestoría y, en especial, en relación al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en los Juzgados de Primera Instancia, Audiencias

Provinciales y las polémicas sentencias de 2018 del TS sobre el IAJD, motivo por el cual el 23 de enero de 2019 el TS definió una doctrina clara sobre el reparto de las tres partidas de gastos hipotecarios a las que hacemos mención.

Nuestra primera reflexión del estudio de la jurisprudencia para pronunciarnos en este dictamen sobre la atribución de gastos hipotecarios viene por las sentencias del año 2018 en lo relativo a la atribución del pago del IAJD, en especial las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, por invertir la doctrina jurisprudencial que hasta ese momento determinaba la atribución al prestatario del pago de este tributo, pasando conforme a las sentencias la entidad a ser el obligado del mismo; y su posterior rectificación por el Pleno del TS con las sentencias de 27 de noviembre, para volver a la jurisprudencia anterior.

Es innegable que la solución en esas sentencias de noviembre del TS, en cuanto al IAJD, fue impopular y favoreció a las entidades financieras, pero a nuestro entender, en este sentido es una solución coherente con la legislación vigente hasta la fecha, con el principio de seguridad jurídica, y con la línea que venía manteniendo el Alto Tribunal durante más de 30 años, como hemos podido comprobar, y lo que pone de manifiesto es el error de las sentencias del mes de octubre de 2018, por crear una falsa expectativa con respecto al IAJD para los consumidores y extender una opinión generalizada en relación a los privilegios de la banca.

No obstante, es tan evidente la línea jurisprudencial del TS en esta materia como la inacción del legislador hasta ese momento, por la ambigüedad de la normativa que regulaba el IAJD, pues hasta el mes de noviembre de 2018 no encontramos una reforma en el TR-LITPOAJD para la atribución del pago del impuesto al prestamista, que se aplicará únicamente a los préstamos celebrados con posterioridad al mes de noviembre de 2018.

En lo que respecta a la atribución de los gastos hipotecarios, resulta llamativo el hecho de que el TS haya tenido que llegar al extremo de tener que aclarar en cinco sentencias cómo distribuir tres partidas de gastos abonados indebidamente por el particular por la aplicación de una cláusula abusiva suscrita en su contrato de préstamo hipotecario, ya que desde 2015 encontramos sentencias que calificaban como nula la cláusula sobre la cual nos pronunciamos en este dictamen.

Así, la solución a la que llega el TS, distribuir el pago del arancel notarial y la gestoría por mitades y atribuir el 100% del arancel de registro a la entidad bancaria (no se

pronuncia sobre la tasación, que sigue siendo una partida discutida), es a nuestro entender coherente con la legislación vigente hasta ese momento, pero pone también en evidencia la inactividad del legislador en esta materia, ya que hasta la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario no encontramos una disposición normativa que fije con claridad los criterios respecto a estas partidas.

Nuestra crítica y reflexión se focaliza, en consecuencia, sobre el legislador y las entidades bancarias. Por un lado, es un hecho notorio la existencia de múltiples cláusulas abusivas en estos contratos: cláusulas suelo, cláusula del interés de demora, cláusula del vencimiento anticipado y en especial la cláusula gastos, sobre la que nos estamos refiriendo en el presente dictamen; pero por otro, el hecho de que sean los Tribunales los que hayan decretado en multitud de sentencias la nulidad de estas cláusulas, y finalmente en enero de 2019 se fijen unos criterios claros para el reparto de estas cantidades, muestra la inacción y el consentimiento implícito del legislador con estas prácticas, con una normativa en muchos casos ambigua, e incluso favorable, con las entidades bancarias.

7. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

>STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

>STS 383/1989, de 25 de septiembre de 1989.

>STS 7624/1992, de 9 de octubre de 1992.

>STS 550/2000, de 1 de julio de 2000.

>STS 8965/2001, de 17 de noviembre de 2001.

>STS 9012/2001, de 19 de noviembre de 2001.

>STS 4629/2002, de 24 de junio de 2002.

>STS 159/2004, de 20 de enero de 2004.

>STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013.

>STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015.

>STS 147/2018, de 15 de marzo de 2018

- >STS 148/2018, de 15 de marzo de 2018.
- >STS 1505/2018, de 16 de octubre de 2018
- >STS 1523/2018, de 22 de octubre de 2018.
- >STS 1531/2018, de 23 de octubre de 2018.
- >STS 1669/2018, de 27 de noviembre de 2018.
- >STS 1670/2018, de 27 de noviembre de 2018.
- >STS 1671/2018, de 27 de noviembre de 2018.
- >STS 44/2019, de 23 de enero de 2019.
- >STS 46/2019, de 23 de enero de 2019.
- >STS 47/2019, de 23 de enero de 2019.
- >STS 48/2019, de 23 de enero de 2019.
- >STS 49/2019, de 23 de enero de 2019.
- >SAP de Oviedo nº 417/2019, de 14 de mayo de 2019.
- >SAP de Cuenca nº 214/2019, de 25 de junio de 2019.
- >SAP de Valladolid nº 307/2019, de 23 de julio de 2019.
- >SAP de Barcelona nº 1896/2019, de 21 de octubre de 2019.

8. BIBLIOGRAFÍA.

- > CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL CARMEN (directora) y FORTEA GORBE, J.L. (coordinador), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y afines*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- > PALOMAR OLMEDA, A., *Actos jurídicos documentados: el problema suscitado y el valor de la jurisprudencia*, Diario La Ley, núm. 9330, 2019.

> ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *Cómo reclamar con éxito los gastos de la hipoteca tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019: problemas con que se puede encontrar el prestatario*, Diario La Ley, núm. 9356, 2019.

9. WEBGRAFÍA.

> *El Tribunal Supremo retorna a su criterio tradicional sobre el sujeto pasivo de AJD en la constitución de hipotecas*. Fiscal-Impuestos. Editorial.

<https://www.fiscal-impuestos.com/tribunal-supremo-vuelve-criterio-tradicional-sujeto-pasivo-impuesto-actos-juridicos-documentados.html>

> ÁLVAREZ-ROYO VILANOVA, SEGISMUNDO. *Los gastos hipotecarios tras la última jurisprudencia (SSTS de 23-01-2019)*. Hay Derecho, Diario Expansión.

<https://hayderecho.expansion.com/2019/01/29/gastos-hipotecarios-tras-sentencias-ts-23-1-2018/>

> *Ley de Crédito Hipotecario: por fin aprobada*. OCU

<https://www.ocu.org/dinero/hipotecas/informe/ley-credito-hipotecario/>

> *El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la Distribución de Gastos en los Préstamos Hipotecarios*. Notarios y Registradores Web.

<https://www.notariosyregistradores.com/web/participa/noticias/el-tribunal-supremo-se-pronuncia-sobre-la-distribucion-de-gastos-en-los-prestamos-hipotecarios/>