

**COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 15 DE MARZO DE 2018 (147/2018 Y 148/2018)**

**Cláusula de gastos hipotecarios
e Impuesto de actos jurídicos Documentados**

Comentario a cargo de:
SEGISMUNDO ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA
Notario de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE MARZO DE 2018

ROJ: STS 848/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:848

ID CENDOJ: 28079119912018100007

PONENTE: EXCMO. SR. DON PEDRO JOSÉ VELA TORRES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE MARZO DE 2018

ROJ: STS 849/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:849

ID CENDOJ: 28079119912018100008

PONENTE: EXCMO. SR. DON PEDRO JOSÉ VELA TORRES

Asunto: Las dos sentencias merecen un comentario conjunto al tener idénticos fundamentos de derecho. Aunque dicen ratificar la posición fijada en la STS de 23 de diciembre de 2015 en relación con la cláusula que atribuye gastos e impuestos al deudor, en realidad la modifican de manera sustancial. Es cierto que reiteran que debe considerarse abusiva una cláusula que atribuya al consumidor todos los impuestos derivados de un determinado contrato, siempre que por Ley no le corresponda pagar la totalidad de los mismos. Sin embargo, en relación con el problema concreto de quién es el sujeto pasivo del Impuesto de Actos

Jurídicos Documentados en el préstamo hipotecario, cambia la doctrina que –si bien de forma poco clara– había establecido la sentencia anterior. Resuelven que el sujeto pasivo es el deudor basándose en una interpretación sistemática de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pues tiene en cuenta no solo el artículo 29 de la Ley sino también los artículos 8 y 15 que se refieren a la tributación de este contrato en la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas. Se apoya especialmente en la doctrina fijada por la Sala 3ª del TS en ese sentido y asimismo en las decisiones del Tribunal Constitucional. No obstante señala que en relación con la cuota fija del impuesto, corresponde al solicitante de las copias respecto de estas, y determina que en relación con la matriz habrá de distribuirse por mitad. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, considera que habrá de procederse a la restitución de los impuestos que a falta de pacto hubieran debido pagarse por el profesional, si bien en este caso no procede.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. La abusividad de la cláusula. 5.2 El sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en el préstamo hipotecario. 5.3. Los efectos de la declaración de abusividad. 5.4. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

En la 848 se impugna –entre otras– la siguiente cláusula de gastos hipotecarios de Banco Herrero: “*La PARTE DEUDORA asume el pago de los gastos de tasación del inmueble hipotecado, de todos los demás gastos y tributos derivados de esta escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, de los originados por cuantos otorgamientos sean precisos para que este documento tenga acceso al citado Registro y de los causados por las cartas de pago, parcial o total, de préstamo y por la cancelación de hipoteca, así como de cuantos, acaso se ocasionaren para exigir el cumplimiento de lo pactado o para la defensa por parte de BANCO HERRERO S.A., de su crédito...Asimismo, la parte deudora asume la totalidad de los gastos de gestión y tramitación necesarios para la inscripción de la hipoteca*”.

En la STS 849/2018 impugnan cláusulas de gastos dos escrituras de dos Bancos distintos (Sabadell y Caixa). En la primera de ellas como relata el primer Fundamento de Derecho “*en su estipulación quinta, denominada gastos del prestatario, y en la que aquí interesa, se hizo constar que eran de su cargo los correspondientes a los*

de tasación del inmueble, aranceles notariales, registrales e impuestos relativos a la constitución, modificación y cancelación de la hipoteca, gastos de tramitación de la escritura ante el Registro y los derivados de reclamación extrajudicial.” Los prestatarios pagaron gastos de notaría, registro de la propiedad, impuestos y gestoría. En la segunda se trataba de una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca de una vivienda. Los compradores se subrogaban en la hipoteca que el promotor había otorgado con la Caixa: *“En la estipulación tercera de dicha escritura, y conforme a lo estipulado en su día en la escritura de préstamo inicial, se señaló que los gastos e impuestos derivados del otorgamiento, excepto el de plusvalía, serían a cargo de la parte adquirente.”* El adquirente subrogado pagó los gastos de notaría, registro y gestoría

En ambos casos se interpuso demanda solicitando la declaración del carácter abusivo y en consecuencia de nulidad de dichas cláusulas y la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación, con sus intereses legales, por aplicación del artículo 1303 del Código Civil.

2. Soluciones dadas en primera instancia

En la STS 848/2018 se desestimó la demanda por entender que no se habían pagado gastos que no le correspondieran.

En 849 se apreció la Falta de Legitimación Activa, invocada por la entidad BANCO SABADELL, absolviendo a dicha entidad pero declaró la nulidad de la cláusula de gastos de CX pero como resume el TS en el Fundamento de Derecho *“no dio lugar a la reclamación de devolución de cantidades, por entender que la pretensión estaba mal formulada, ya que al prestatario le correspondía la asunción del pago de una parte de los gastos e impuestos.”*

3. Soluciones dadas en apelación

En la STS 848/2018 se revocó la sentencia en este punto *“en el único sentido de declarar nulo el pacto quinto del contrato de préstamo con garantía hipotecaria señalado en la demanda, con la excepción de las estipulaciones relativas a los tributos, debiendo indemnizar la demandada ... a la demandante en 699,80 euros.”*

En la 849/2018 se estimó en parte la demanda frente a Banco Sabadell, S.A. declarando nula la repercusión de los gastos pero no la de los impuestos. Se añadió la obligación de Caixabank, S.A de abonar la cantidad pagada por el prestatario

4. Los motivos de casación alegados

En ambos casos se alega la infracción del art. 89.3 c) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refun-

dido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGCU) e infracción de la doctrina de la misma sala en sentencia 705/2015, de 23 de diciembre.

El argumento de los recurrentes lo resume el TS en la 849/2018 de la siguiente forma: *“la cláusula que atribuye el pago de todos los gastos e impuestos a la prestataria es abusiva, porque no realiza distinción alguna, en función del tipo de tributo o del hecho imponible gravado, sobre quién debe ser el sujeto pasivo del impuesto en cuestión. En concreto, considera que no puede considerarse que, respecto de todos los hechos imponibles sujetos al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados derivados de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, sea sujeto pasivo el prestatario; así como que es abusiva una estipulación que determina que los tributos futuros que pudieran devengarse como consecuencia de posibles revisiones tributarias posteriores, se carguen siempre al prestatario hipotecante.”*

5. Doctrina del Tribunal Supremo

Examinaremos la doctrina de manera unificada pues los Fundamentos de Derecho en las dos sentencias son prácticamente idénticos.

5.1. La abusividad de la cláusula

La sentencia comienza en su Fundamento de Derecho 1 con una exposición de los hechos y de las decisiones de los tribunales inferiores, en el Fundamento de Derecho 2 resume el motivo de casación y en el Fundamento de Derecho 3 hace una precisión sobre la aplicación temporal de la norma de la LCU alegada por los recurrentes.

Esto puede resultar extraño pues la primera cuestión a tratar debería ser si la cláusula de gastos es o no nula por abusiva, que se trata casi de pasada. La razón es que era una cuestión ya tratada en la STS 705/2015. Así, en el Fundamento de Derecho QUINTO.1 comienza remitiéndose a dicha sentencia y concluye: *“una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del art. 89.3 c) TRLGCU”*.

La cuestión reaparece en el Fundamento de Derecho SEXTO.1, que dice: *“la cláusula controvertida es abusiva, y no solo parcialmente, como resuelve la Audiencia Provincial, sino 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 imponibles”*.

La razón de la falta de argumentación detallada de esta cuestión parece ser que había sido ya tratada en la sentencia que se alega infringida por los recurrentes (STS 705/2015). Sin embargo hay que destacar que esta sentencia aparentemente precisa pero en realidad corrige lo dicho en esa sentencia anterior.

La STS 705/2015 argumenta que el art. 89.3 TRLGCU considera abusiva *“La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”*. Examina los distintos gastos y entiende que los gastos de notario y registro no corresponden por entero al deudor por lo que se cumple esa imposición en un cláusula que de forma omnicomprendiva atribuya todos los gastos al consumidor. Además dice que *“El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), 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 empresario (art. 89.3.3º letra a)”*. Esta aplicación directa de la norma había sido criticada por la doctrina (NIETO) porque no parece que se trate del mismo caso. La STS omite la descripción de esos actos y documentos que constituyen la preparación de la titulación y que son *“obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación”*. Como vemos, se trata de actuaciones anteriores a la compra, dirigidas a la realización de la construcción y en los que el consumidor ni siquiera interviene. No incluyen entre estos gastos en particular los de la escritura de compraventa, que con arreglo al Código Civil corresponden en su mayor parte al vendedor (art. 1455 Cc). No parece acertado tampoco extender lo que se aplica a la venta a la financiación por ser esta una faceta o fase de la adquisición, pues no lo es necesariamente. Es interesante señalar que en relación con estos gastos la norma no dice que corresponden al empresario por Ley sino *“por naturaleza”*, lo que hace referencia a esa total ajenidad del comprador a esas operaciones.

En relación con los impuestos dice que *“nuevamente no se hace distinción alguna”* y que examinado el impuesto *“la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse. En consecuencia “infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho”*.

En la presente sentencia, y con más precisión, no se habla ya de aplicación directa del 89.3a norma sino de su aplicación analógica. No obstante, cabría plantearse su procedencia pues podría dudarse de la identidad de razón: el art. 89.3.3 persigue evitar no la repercusión de unos gastos actuales sino de que en el momento de la firma del contrato de arras se incluyan como condiciones accesorias unos gastos futuros que el consumidor no conoce. Se trata de evitar también que se carguen al consumidor los gastos para la financiación de la construcción que el comprador puede no utilizar (por eso se prohíbe también que se establezca una obligación de subrogación en el art. 89.3.b). En relación con los impuestos se está pensando sin duda en el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, que no solo corresponde al vendedor sino cuyo importe depende de la fecha de adquisición, del valor catastral del suelo que corresponden al inmueble, y de los coeficien-

tes aplicados por cada Ayuntamiento, lo que lo hace imposible de determinar para el comprador.

Es dudoso también que la cláusula pueda declararse abusiva con base en el art. 82, que dice que serán abusivas las cláusulas “*no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”. No cabe duda que la norma que repercute los impuestos está pre-dispuesta por el prestamista, pero como veremos no causa un desequilibrio importante. La STJUE 14-3-2013 señaló que para determinar la abusividad había que tener en cuenta la norma aplicable en defecto de pacto y “*si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual*”. En el caso de la cláusula de gastos es sorprendente que las STS apenas se refieren a esta cuestión. Se conforma con la discutible referencia a la aplicación analógica y repite que “*La cláusula litigiosa es nula por abusiva, al atribuir, indiscriminadamente y sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario.*”

Teniendo en cuenta las conclusiones de las sentencias, no parece que el desequilibrio causado sea relevante. La conclusión es que el prestamista debe pagar el timbre de las copias que solicite y el de la matriz por mitad, lo que puede suponer entre 10 y 20 euros, cantidad irrelevante en relación al importe del préstamo y a los gastos totales. Pero es que además el impuesto del timbre no se cobra aparte sino como suplido dentro de la factura de notaría. Por tanto lo que habrá que considerar en su caso abusivo es la condición de pago de totalidad de gastos notariales por parte del deudor, pero no la cláusula de impuestos. En el caso de que se hubiera pactado el pago de gastos de notaría por el Banco o por mitad, la cláusula no tendría ningún efecto sobre esa parte del impuesto que el TS considera que debe pagar el deudor.

También plantea dudas el segundo criterio avanzado por el TJUE, es decir la referencia a lo que hubieran pactado las partes en caso de verdadera negociación. La realidad es que en los préstamos con empresarios, en el 100% de los casos los gastos notariales, registrales e impuestos son asumidos por estos. Incluso en los préstamos dados por particulares que no se dedican de manera habitual a concederlos se suele pactar que los gastos en impuestos sean del deudor (en este sentido NIETO). Por tanto, este criterio nos llevaría a la solución de que la cláusula de traslación de gastos no es abusiva.

En cualquier caso y para concluir, las sentencias comentadas concluyen que la atribución del Impuesto de AJD de forma general al deudor debe considerarse una cláusula abusiva y por tanto nula, y no solo parcialmente como en uno de los casos había declarado la Audiencia, sino en su totalidad. Esto plantea el problema de qué efectos producirá esa nulidad, que se examinan en el último punto de este comentario.

5.2. *El sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en el préstamo hipotecario*

El problema fundamental de las reclamaciones y la esencial aportación de estas sentencias desde el punto de vista doctrinal es el de la determinación del sujeto pasivo en este Impuesto. Esto se considera en la sentencia como un *prius* respecto de la calificación de abusividad, pues si la cláusula se limitara a reproducir la norma legal no podría considerarse abusiva de acuerdo con el art. 1.2 de la Directiva 13/93, que dice: “*Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas... no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.*” En los Considerandos se explica que esto es así porque “*se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas.*”

En el Fundamento de Derecho QUINTO las sentencias dicen reproducir la doctrina anterior: Comienza diciendo que “*Decíamos en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre*” y tras repasar las normas aplicables concluye: “*De tal manera que, dijimos en la mencionada sentencia, la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso 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 expedición de las copias, actas y testimonios que interese.*”

Sin embargo es muy importante subrayar que la sentencia que cita no dijo eso, sino algo sustancialmente distinto y concretamente: “*De tal manera 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.*”

La diferencia es solo de las palabras subrayadas pero sus consecuencias son trascendentales. Al referirse a la “constitución del derecho” además de a las copias, la doctrina entendió que se estaba refiriendo a la cuota gradual del AJD, que es en términos cuantitativos –y con mucha diferencia– el gasto más importante de un préstamo hipotecario. Si el sujeto pasivo es el prestamista y le repercute el impuesto al deudor sí que se causa un desequilibrio importante, y desde un punto de vista práctico, sí que vale la pena proceder a reclamar judicialmente. La referencia de esa sentencia a otra anterior (STS 842/2011, de 25 de noviembre) que establecía al carácter abusivo de la repercusión del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana en una compraventa refuerza la idea de que el TS consideraba que el sujeto pasivo de la cuota gradual era el prestamista. No fueron solo la doctrina y los despachos especializados en reclamaciones en masa los que lo interpretaron así, iniciando cientos de miles de demandas de gastos. El propio TS, o más bien su Sala 3ª entendió que había cambiado la doctrina sobre esta materia, pues fue una de las razones que dio para admitir la casación sobre una cues-

ción con una jurisprudencia estable, dando lugar a la conocidísima STS de la Sala 3ª 1505/2018 de 16 de octubre que cambió el criterio anterior estableciendo que el sujeto pasivo era el prestatario y anulando el art. 68.2 del Reglamento. El auto de admisión de 15 de enero de 2018 se refiere a la sentencia citada de la Sala 1ª (razonamiento jurídico 2.2) como razón que justifica la posible revisión de la doctrina. En el recurso, la parte recurrente dice que *“la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2015 ... establece sin ninguna duda que el obligado al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados es la entidad hipotecaria o el acreedor hipotecario”*.

Por tanto, aunque la Sala 1ª lo niegue, está cambiando la doctrina, y quizás por ello argumenta con cierto detalle a quién corresponde cada modalidad del impuesto en el Fundamento de Derecho QUINTO, punto 2.

Parte de que el art. 8 LITPAJD *“contiene dos reglas que, en apariencia, pueden resultar contradictorias. Así el apartado c) dispone que «en la constitución de derechos reales» es sujeto pasivo del impuesto aquél a cuyo favor se realice el acto; y el apartado d) prevé que, «en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza», lo será el prestatario... Sin embargo, dicha aparente antinomia queda aclarada por el art. 15.1 de la misma Ley, que dispone: «La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo».*”

Por tanto considera que del juego de esas normas resulta que el prestatario es el único obligado. Curiosamente no se detiene en argumentar porque hade aplicarse la misma regla a la modalidad TPO que para AJD –cuestión fundamental en la discusión posterior en la Sala 3ª– ni estudia la literalidad del artículo 29, que es el que regula esta modalidad de Actos Jurídicos Documentados.

Pero el TS no solo argumenta sino que se apoya en la doctrina de la Sala Tercera, que considera prevalente en materia fiscal. El nº 3 de ese Fundamento de Derecho cita la jurisprudencia de esta Sala y resume sus argumentos: *“que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD”*. Por tanto *“en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario”*.

En apoyo de esta postura cita también la jurisprudencia constitucional (autos 24/2005 de 18 de enero, y 223/2005, de 24 de mayo) que dicen que *“se configura como obligado tributario de aquella modalidad impositiva a la persona que se beneficia del negocio jurídico Principal”*.

Añade después la referencia al art. 68.2 del Reglamento del Impuesto que añade: *“Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”*. Sin omitir las dudas sobre su legalidad y constitucionalidad, considera estas cuestiones zanjadas ya por la doctrina de la Sala 3ª del TS y por la del Tribunal Constitucional: *“Aunque se ha discutido sobre la legalidad de dicha norma reglamentaria, la jurisprudencia de la Sala Tercera*

del Tribunal ... Y como hemos visto, el Tribunal Constitucional también ha afirmado su constitucionalidad.”

Son interesantes las consideraciones que hace en relación con esta conclusión en el Fundamento de Derecho SEXTO: *“la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto 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/”*.

No obstante en el punto 5 distingue dos modalidades del impuesto. *“a) Un derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento). b) Un 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 (arts. 71 y ss. del Reglamento)”*.

Del primero es sujeto pasivo el deudor por los argumentos ya vistos pues es el adquirente, sujeto pasivo según el artículo 29 LITPAJD. Reitera el tribunal: *“en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento”*.

Por el contrario de la cuota fija en el caso de las copias es sujeto pasivo quien las requiera pues cuando el art. 29 se refiere a *“aquellos en cuyo interés se expidan”* los documentos notariales, se está refiriendo a los solicitantes de las copias. Esto es importante porque uno de los errores de la STS de la Sala 3ª de 16 de octubre de 2018 es confundir el “interesado” en la copia con el “interesado en el documento”. El art. 17 de la Ley del Notariado dice que el *“redactará escrituras matrices, intervendrá pólizas, extenderá y autorizará actas, expedirá copias”*, por lo que es evidente que el último inciso del artículo se está refiriendo a las copias y no al documento en sí.

Respecto de las copias, la cuestión está clara: *“habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento.”* En realidad la referencia correcta debiera haber sido a la Ley, que el Reglamento reproduce, por lo que la anulación de dicho artículo por las STS de 16 de octubre de 2018 en nada afecta a esta conclusión.

En cuanto a la cuota fija de los folios de la matriz, comienza diciendo el TS que *“conforme al ya citado art. 68 del Reglamento y la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, corresponde el abono del impuesto al prestatario.”* Pero a continuación añade: *“Salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo–, como el prestamista –por la hipoteca–, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y*

registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016).”

La argumentación es ciertamente extraña pero podría resumirse así: la cuota fija de la matriz corresponde al deudor, igual que la cuota variable. Sin embargo, como en realidad este coste va a ir incluido dentro de la minuta notarial, lo que se decida respecto de los gastos notariales determinará quien paga el impuesto; y dado que una resolución de la DGRN parece indicar que lo más justo es un pago por mitad, pues páguese de la misma forma la cuota (este reparto lo confirmo la sala en las importantes sentencias de 23 de enero de 2019). En realidad esta argumentación demuestra que la distinción que hace entre las dos modalidades esa artificial: la cláusula del impuesto se está refiriendo solo a la cuota variable, puesto que la cuota fija siempre está incluida dentro del coste de la escritura o de sus copias. En consecuencia la que podría ser abusiva es la cláusula que atribuya al deudor los gastos de matriz de escritura (muy discutible) y de las copias (bastante claro teniendo en cuenta el arancel notarial), pero no la que atribuya el impuesto al deudor, que es conforme con la Ley y el Reglamento, en la interpretación jurisprudencial dada hasta ese momento. La enrevesada argumentación parece más bien destinada a salvar la cara de la errónea sentencia de 2015, manteniendo una apariencia de continuidad al declarar nula la cláusula, aunque de hecho se cambia totalmente criterio al alinearse con la doctrina de la Sala 3ª.

Finalmente la sentencia se pronuncia sobre la cuestión de los impuestos derivados de la cancelación de manera inocua ya que no existen: “7.- *Por último, y puesto que en la cláusula litigiosa se hace mención expresa a los tributos que gravan la cancelación de la hipoteca, debe tenerse en cuenta que el art. 45 B.18 LITPAJD declara exentas las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales*”

5.3. *Los efectos de la declaración de abusividad*

Como hemos visto antes, la conclusión (Fundamento de Derecho SEXTO) es que la cláusula que atribuye el impuesto al deudor “*es abusiva, y no solo parcialmente, ... sino 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 imposables*”.

El problema es qué sucede una vez declara la nulidad de la cláusula. La STJUE de 7-8-2018 recuerda que “*el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C 421/14, EU:C:2017:60, apartado 71 y jurisprudencia citada). Aunque el Tribunal de Justicia ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, según jurisprudencia reiterada del propio*

Tribunal de Justicia esta posibilidad queda limitada a aquellos supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de este modo a consecuencias de tal índole que representarían para él una penalización”.

La finalidad, es disuadir de la utilización de estas cláusulas: si anulada la cláusula el juez integrara el contrato con el derecho supletorio, no supondría ningún perjuicio para el empresario seguir utilizando las cláusulas abusivas.

El problema es como se aplica esto en relación con los gastos. Las sentencias declaran que dice *“una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad... el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, lo que, en el caso del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, viene determinado por su ley reguladora y su reglamento ... y como resultado de ello, acordar que el profesional restituya al consumidor las cantidades que hubo de pagar por impuestos cuyo pago la ley impone al profesional.”* Concluye: *“Pese a la estimación del recurso de casación en lo referente a la abusividad de la cláusula ... no cabe devolución alguna por las cantidades abonadas por la constitución del préstamo. Aunque sí debería restituir el banco las cantidades cobradas por la expedición de las copias, cuando no se ajusten a lo antes indicado”.*

¿Supone esto una infracción de la doctrina del TJUE? No parece que sea así, pues que en el contrato se establezca una cláusula no puede hacer variar la norma imperativa, que es que el sujeto pasivo es el deudor. La jurisprudencia menor hasta ahora vacilaba en este punto. En la mayoría de los casos las Audiencias Provinciales establecen una obligación de restitución en función de lo que consideran hubiera procedido aplicando las normas legales en defecto de pacto, es decir tal y como establece el TS. Esto sin embargo no es unánime. La SAP Santander de 29-10-2018 dijo: *“no sería aceptable que el juez proceda a posteriori a realizar una distribución por cuanto ello, pues ello supondría ejercitar una facultad moderadora interdictada. Si el pacto es nulo, y ese es el concreto título por virtud del cual el demandante pagó los gastos de notaría, registro y gestoría, debe quedar en idéntica posición económica que antes del contrato. Y ello sin perjuicio de que si la apelante, una vez pague a la parte demandante, considera que todo o parte de esos gastos son civilmente de cuenta del prestatario, decida reclamárselos.”* No parece convincente esta postura.

En primer lugar porque si la razón del reembolso no es la restitución pues no lo recibió el Banco, no ha habido enriquecimiento injusto ni pago hecho por tercero sino en la parte que l hubiera correspondido. Por otra parte desde el punto de vista lógico y de la seguridad jurídica, no tiene sentido que se admita el reembolso total para después reclamar la parte que le corresponda. Esto también sería contrario al principio que se trata de sostener, que es una especie de castigo por la utilización de esa cláusula.

El TS curiosamente no fundamenta en ningún precepto la obligación de restitución, a pesar de que los recurrentes aducían el art. 1303 del Código Civil. Esta norma no parece directamente aplicable habiéndose defendido por algunos autores como fundamento el artículo 1158 del Código Civil o el enriquecimiento injusto. Las STS de 23 de enero de 2019 retomarán esta cuestión

de manera explícita, confirmando la postura de las sentencias aquí comentadas y adoptando una postura intermedia pues consideran que se puede fundamentar en ambas razones.

5.4. Conclusión

Las dos sentencias estudiadas modifican la posición fijada en la STS de 23 de diciembre de 2015, aunque digan confirmarla. Es cierto que reiteran que debe considerarse abusiva una cláusula que atribuya al consumidor todos los impuestos derivados de un determinado contrato, siempre que por Ley no le corresponda pagar la totalidad de los mismos, lo que consideramos dudoso. Sin embargo, en relación con el problema concreto de quién es el sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en el préstamo hipotecario, cambia la doctrina que había establecido dicha sentencia. Resuelve que el sujeto pasivo es el deudor basándose en una interpretación sistemática de la LITPAJD, pues tiene en cuenta no solo el artículo 29 de la Ley sino también los artículos 8 y 15 que se refieren a la tributación de este contrato en la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas. Se apoya especialmente en la doctrina fijada por la Sala 3ª del TS en ese sentido y asimismo en las decisiones del Tribunal Constitucional. No obstante, señala que en relación con la cuota fija del impuesto, corresponde al solicitante de las copias respecto de estas, y determina que en relación con la matriz habrá de distribuirse por mitad. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, considera que habrá de procederse a la restitución de los impuestos que a falta de pacto hubieran debido pagarse por el profesional, si bien en este caso no procede.

Las sentencias son extraordinariamente importantes desde el punto de vista práctico, pues la reclamación de gastos e impuestos se justificaba desde un punto de vista económico solo si se podía reclamar la cuota variable. Supone además la coordinación que parecía haberse perdido entre la Sala 1ª y la Sala 3ª en esta materia. Curiosamente, esta sintonía se romperá después, aunque fugazmente, por la STS de 16 de octubre de 2018, que será poco después corregida por el pleno, dando lugar por fin a una reforma legislativa del artículo 29 de la LITPAJD, que atribuirá finalmente la condición de sujeto pasivo al prestamista. Un desgraciado carrusel en el que ha sufrido la seguridad jurídica y el prestigio de nuestro sistema judicial sin que a fin de cuentas el deudor se encuentre en mejor situación, pues el coste se está repercutiendo en el tipo de interés, como era perfectamente previsible.

6. Bibliografía

Agüero Ortiz, A. “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N° 20/2016.