**Breves anotaciones y resumen de urgencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15** [**marzo**](http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8324765&links=%22148%2F2018%22&optimize=20180320&publicinterface=true) **2018 sobre quién paga los impuestos de la hipoteca**

Carlos Ballugera Gómez

Resumen

Condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores. Nulidad por abusiva de la cláusula que en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria atribuye indiscriminadamente el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario consumidor. Consecuencias de la nulidad: en cuanto al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, remisión a la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

En Madrid, a 15 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto constituida en pleno, el recurso de casación interpuesto por Dª Emilia contra la sentencia núm. 63/2017, de 17 [febrero](http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8000902&links=%2263%2F2017%22&optimize=20170427&publicinterface=true) [...] dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 113/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Avilés. Han sido parte recurridas Banco Sabadell S.A. y Caixabank S.A. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

[...]

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes*

**1.-** El 13 junio 2013 se concertó escritura de préstamo con garantía hipotecaria entre Banco de Sabadell S.A., como prestamista, y como prestatarios Dª Emilia. En su **estipulación quinta**, denominada gastos del prestatario, y en lo 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.

Además, se facultaba al banco para **cobrar directamente**, con cargo a las cuentas abiertas a los prestatarios, los gastos e impuestos mencionados. Dichos conceptos se concretaron en las siguientes cantidades: 516,42 € de notaría; 105,46 € de registro de la propiedad; 794,93 € de impuestos; y 260 € honorarios de tramitación. Tales cantidades fueron abonadas por Dª Emilia.

**2.-** Por escritura pública de 21 abril 2006, Dª Emilia, por sí y en representación de D. Francisco, adquirió de Promociones Rivero Cueto, S.A. una vivienda [...] **subrogándose** en la hipoteca que el vendedor tenía constituida sobre tal vivienda con Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (actualmente, Caixabank S.A.), presente en dicho acto notarial. 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. Tales gastos, abonados por xxxx, ascendieron a: 765,43 € de notaría; 198,24 € de registro de la propiedad; 966 € de impuestos; y 150,80 € de honorarios de tramitación.

**3.-** D. xxx [...] solicitó la declaración de nulidad de las respectivas cláusulas de atribución a los prestatarios del pago de los gastos e impuestos, y que se las **condenara a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación**, con sus intereses legales.

**4.-** La sentencia de primera instancia apreció la falta de legitimación activa del demandante respecto de la pretensión dirigida contra el Banco de Sabadell, porque no había sido él quien había abonado las cantidades derivadas de las cláusulas cuestionadas. Y en cuanto a la pretensión formulada contra Caixad'Estalvis i Pensions de Barcelona, declaró la **nulidad** de la cláusula controvertida, pero 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.

**5.-** El demandante y la Caixa recurrieron en apelación dicha sentencia. La Audiencia Provincial desestimó la impugnación de la Caixa y estimó en parte el recurso del demandante y declaró nulas las condiciones generales impugnadas, salvo la relativa a los tributos, y condenó a Caixabank a devolver al demandante 1147,47 €.

**SEGUNDO.-** *Recurso de casación. Motivo único. Planteamiento. Admisibilidad*

**1.-** El Sr. xxx interpuso un recurso de casación, basado en un único motivo, por el cauce del art. 477.2.3º LEC, en el que denuncia la infracción del art. 89.3 c) TRLGDCU. Cita como infringida la **sentencia** de esta sala 705/2015, de 23 diciembre [no es por infringir la doctrina jurisprudencial sino por no acoger la cosa juzgada material].

**2.-** En el desarrollo del motivo se alega [...] que 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 [...]

**3.-** En el trámite de oposición al recurso, las dos entidades financieras demandadas alegaron su inadmisibilidad, por falta de interés casacional. Sin embargo, esta alegación no puede ser atendida, una vez que está identificada la norma jurídica que se considera infringida y la jurisprudencia que se estima vulnerada por la sentencia recurrida.

**TERCERO.-** *Precisión sobre la legislación aplicable por razones temporales*

**1.-** Aunque en el recurso se cita como infringido el art. 89.3 c) TRLGCU, la norma vigente es su equivalente, a saber, la cláusula número 22 del listado de cláusulas abusivas de la disposición adicional primera de la LGDCU.

[...]

**CUARTO.-** *Pronunciamientos jurisprudenciales* ***previos*** *sobre la abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios*

**1.-** La sentencia de esta sala 550/2000, de 1 de junio [...] **2.-** A su vez, en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre [...] **3.-** Por último, la sentencia 705/2015, de 23 diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la **atribución** de gastos (en sentido amplio) entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, **declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación**.

**[...]**

**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 prestatario), **deberían ser los tribunales quienes decidieran en procesos posteriores** [el TS supone que los bancos no van a restituir y con ello justifica la negativa del acreedor, contraria al art. 89.6 TRLGDCU y, por tanto, negativa abusiva, que empuja injustamente a pleito a la persona consumidora], ante las reclamaciones **individuales** de los consumidores, quienes concretaran cómo se **distribuyen** en cada caso los gastos e impuestos de la operación.

**QUINTO.-** *El impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios*

**1.-** Decíamos en la sentencia 705/2015, de 23 diciembre, en lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, que el art. 8 TRLITPyAJD dispone que estará obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en la «constitución de derechos reales», **aquel a cuyo favor se realice** este acto (letra c) [el banco: se aplica]; y en la «constitución de préstamos de cualquier naturaleza», el obligado será el prestatario (letra d) [En este fundamento jurídico pongo entre corchetes el obligado y el resultado de la aplicación del régimen supletorio sobre si la regla supletoria se aplica o no: si beneficia a la persona consumidora se aplica, si no, no se aplica. Obligado: la persona consumidora, no se aplica]. Por otro lado, el art. 15.1 LITPAJD señala que la «constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo», tributaran exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo [la persona consumidora: no se aplica].

A su vez, el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales en que se recoge el préstamo, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto 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 banco: se aplica, en lo que se atribuyan a la persona consumidora no se aplica].

[...]

**2.-** Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario (art. 7.1.B LITPAJD), ya hemos visto que el art. 8 LITPAJD, a efectos de la determinación del sujeto pasivo, contiene dos reglas que, en apariencia, pueden resultar **contradictorias**. [...] 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» [la aclaración beneficia al banco: no se aplica].

**3.-** La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el **prestatario** [...]

En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, 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 [¡**Estamos de acuerdo! Pero **no se aplica** a la integración de cláusula abusiva**]**.

**4.-** Asimismo, frente a alguna duda de **constitucionalidad** que se ha manifestado doctrinalmente, debemos traer a colación dos resoluciones del Tribunal Constitucional [...] Se trata de los autos 24/2005 de 18 enero, y 223/2005, de 24 mayo. En la primera de tales resoluciones se dice:

«[…]es una opción de política legislativa válida desde el punto de vista constitucional que el sujeto pasivo de la modalidad de “actos jurídicos documentados” lo sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico **principal** (en el impuesto sobre el valor añadido o en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados), tanto cuando se trata de préstamos con constitución de garantías (aunque la operación haya sido declarada exenta en ambos impuestos), como cuando se trata de constitución de garantías en aseguramiento de una deuda previamente contraída, pues en ambos supuestos se configura como obligado tributario de aquella modalidad impositiva a la persona que se **beneficia** del negocio jurídico principal: en el primer caso, el prestatario (el deudor real); en el segundo supuesto, el acreedor real (el prestamista)».

**5.-** En cuanto al impuesto sobre **actos jurídicos documentados** por la documentación del acto –préstamo con garantía hipotecaria- en escritura pública (arts. 27.3 y 28 LITPAJD y 66.3 y 67 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo), tiene dos modalidades:

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).

El art. 29 LITPAJD, al referirse al pago del impuesto por los documentos notariales, dice:

«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».

Pero el art. el art. 68 del Reglamento del Impuesto contiene un añadido, puesto que tras reproducir en un primer párrafo el mismo texto del art. 29 de la Ley, establece en un segundo apartado:

«Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al **prestatario**».

Aunque se ha discutido sobre la legalidad de dicha norma reglamentaria, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a que antes hemos hecho referencia no ha apreciado defecto alguno de legalidad (por todas, sentencia de 20 de enero de 2004). Y como hemos visto, el Tribunal Constitucional también ha afirmado su constitucionalidad.

**6.-** Así pues, 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 (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el **prestatario**, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento [no se aplica por ser integración a favor del banco].

Y 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 (arts. 71 y ss. del Reglamento), habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas.

Respecto de la **matriz**, 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** [no se aplica]. Salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales [no es el caso ya que el pacto de distribución de gastos es abusivo]. 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) [no se aplica. Estas reglas de distribución son útiles para préstamos hipotecarios posteriores a la sentencia].

Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento.

**7.-** Por último, y puesto que en la cláusula litigiosa se hace mención expresa a los tributos que graven la cancelación de la hipoteca, debe tenerse en cuenta que el art. 45 B.18 LITPAJDdeclara 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.

**SEXTO.-** *Estimación del recurso de casación. Consecuencias*

**1.-** Conforme a todo lo expuesto, debe estimarse en parte el recurso de casación, porque 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 [...]

**2.-** Cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), haya que decidir **cómo ha de distribuirse entre las partes** [para eso no puede usarse la ley tributaria] el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las **consecuencias** de dicha nulidad.

Es decir, **anulada** la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los impuestos, cualquiera que fuera el reparto que la ley hubiera hecho respecto de una y otra parte, **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 [no es así: la integración de la cláusula nula por abusiva se sujeta a la STJUE 14 junio 2012 y art. 65 TRLGDCU]; 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.

Para adoptar esta decisión, la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada [tiene que ver si es una integración con la ley, a favor del banco, lo que contraviene el art. 65 TRLGDCU] 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/CEE, ni de la legislación nacional protectora de consumidores.

**3.-** 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, este pronunciamiento **no afecta** al importe de las cantidades fijadas en la sentencia recurrida, pues más allá de su **escasa** incidencia económica, no se ha acreditado que, por el concepto de impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, la demandante hubiera pagado alguna cantidad distinta a la correspondiente a la constitución del préstamo y haber tenido en cuenta la Audiencia Provincial lo abonado por matriz y copias [la persona consumidora no suele llevarse una copia auténtica de la hipoteca sino una simple, porque aunque pague todo, quien necesita el título es el banco].

[...]

**F A L L O**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por xxx contra la sentencia n.º 63/2017, de 17 de febrero de la Audiencia Provincial de Oviedo.

**2.º-** Casar en parte dicha sentencia en el sentido de establecer que:

**(i) La cláusula litigiosa es nula por abusiva, al atribuir, indiscriminadamente y sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario.**

(ii) En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas [cuadro útil para contratos posteriores a la sentencia]:

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.

(iii) Confirmarla en todos sus demás pronunciamientos.