

**CLÁUSULA QUE IMPONE AL PRESTATARIO HIPOTECARIO EL ABONO DE LOS
IMPUESTOS: ¿PROCEDE LA DEVOLUCIÓN POR EL PRESTAMISTA DE TODAS
LAS CANTIDADES ABONADAS?
LA SOLUCIÓN, QUIZÁS, ESTÉ EN EL TJUE***

Manuel Jesús Marín López
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 13 de diciembre de 2018

1. Premisas

Desde hace años la doctrina fiscalista ha puesto de manifiesto la enorme controversia que existe en la determinación del sujeto pasivo en el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (en adelante, IAJD) que grava la constitución de un préstamo hipotecario. La imprecisa redacción del art. 29 TRLTPyAJD (“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 expiden”) pretendió aclararse con el art. 68 del Reglamento, aprobado por RD 828/1995, que en su párrafo segundo añadía que “cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”.

La penosa fórmula empleada en el art. 29 de la ley ha provocado enormes discrepancias en los tribunales sobre quién debe ser considerado sujeto pasivo del IAJD.

En el orden contencioso-administrativo, la tesis clásica de la Sala 3ª del Tribunal Supremo consistía en considerar sujeto pasivo del IAJD al prestatario. Así lo ha establecido,

* Por Manuel Jesús Marín López. Trabajo realizado en el marco del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) otorgado al Grupo de investigación y centro de investigación CESCO, «Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo», dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: DER2014-5606-P.



durante décadas, en numerosas sentencias¹. Sin embargo, las SSTS 1505/2018, de 18 de octubre; 1523/2018, de 22 de octubre; y 1531/2018, de 23 de octubre de 2018, dictadas por la Sección Segunda de la Sala 3ª (la competente en materia de tributos), modifican esta doctrina, y sancionan que el sujeto pasivo es el prestamista. Además, estas sentencias declaran nulo el segundo párrafo del art. 68 del Reglamento, por ser contrario a la ley. Sin embargo, el 27 de noviembre de 2018 la Sala 3ª ha dictado tres sentencias de Pleno (sentencias 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018) que vuelven a la tesis tradicional y entienden que el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario. Estas sentencias cuentan con extensos votos particulares, que defienden que el sujeto pasivo debería ser el prestamista.

No es este el lugar para juzgar la bondad de la tesis finalmente asumida por la mayoría de los Magistrados de la Sala 3ª. En todo caso, la lectura meditada y el análisis sereno de estas sentencias me han servido para confirmar mi opinión en el sentido de que hay mejores argumentos para defender que el sujeto pasivo del IAJD es el prestamista².

En los tribunales civiles, quién sea sujeto pasivo del IAJD es relevante para determinar si es abusiva o no la cláusula que impone al prestatario los gastos de constitución del préstamo hipotecario, y, en su caso, para fijar los efectos de la nulidad de esta cláusula. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha pronunciado en tres ocasiones sobre el particular. La STS de 23 de diciembre de 2015 declara abusiva la cláusula que impone al prestatario el pago de los tributos. Señala 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”. Sin embargo, las SSTS 147/2018 y 148/2018, de Pleno, de 15 de marzo de 2018, cambian de criterio: “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”. La Sala 1ª decide seguir la doctrina clásica de la Sala 3ª, y por ello concluye que “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”.

¹ Por ejemplo, SSTS de 25 de septiembre de 1989 (RJ 6492), 19 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 848), 23 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 638), 24 de junio de 2002 (RJ 2002, 8214), 20 de enero de 2004 (RJ 2004, 535), 14 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4924), 27 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5262) y 20 de junio de 2006 (RJ 2006, 7028).

² Así lo expuse en *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Madrid, Reus, 2018, pp. 115 y ss., y en particular en pp. 126 y 127.



Como puede apreciarse, las Salas 1ª y 3ª del Tribunal Supremo han dictado sentencias discrepantes sobre la interpretación y alcance del art. 29 TRLTPyAJD. El máximo responsable de este caos es, sin duda, el legislador. Atenta contra la seguridad jurídica que una norma fiscal, y en particular una norma destinada a designar quién debe satisfacer un tributo, designe al sujeto pasivo de una forma tan abstracta y poco clara que san posibles varias interpretaciones en torno a quién es el sujeto obligado fiscalmente.

Para corregir esta situación se ha dictado el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, que da una nueva redacción al art. 29 TRLTPyAJD. En realidad, la reforma consiste en añadir un segundo párrafo a ese precepto, con la siguiente redacción: “cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”. Esta norma entró en vigor el 10 de noviembre de 2018.

2. La cláusula de imposición al prestatario del pago de los tributos: las dos SSTs (Sala 1ª) de 15 de marzo de 2018

A pesar de los dimes y diretes sobre la doctrina de la Sala 3ª del TS acerca del IAJD, lo cierto es que ahora (a primeros de diciembre de 2018) la situación es idéntica a la que existía a primeros de octubre: según el máximo intérprete de la normativa fiscal, el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario.

Interesa ahora detenerse en la cláusula predispuesta en los contratos de préstamo hipotecario que establece que el prestatario debe correr con todos los gastos de constitución del préstamo hipotecario, entre ellos, los relativos a los tributos.

Las SSTs 147/2018 y 148/2018, de Pleno, de 15 de marzo de 2018 (las dos del mismo ponente, D. Pedro José Vela Torres) son las que fijan la doctrina actual de la Sala 1ª. Parten de que, como sostiene la Sala 3ª del TS, el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario (FJ 5º, ap. 3). Pero más adelante (FJ 5º, ap. 6) se aclara que hay que abonar dos IAJD, pues concurren dos hechos imponible. En primer lugar, está el IAJD sobre el *acto jurídico documentado notarialmente* (derecho de cuota variable), cuya cuota variable se fija en función del acto o negocio que se documenta, y cuyo sujeto pasivo es el prestatario. Y en segundo lugar, está el IAJD sobre el *documento notarial* (derecho de cuota fija), en el que el hecho imponible es la utilización de papel timbrado exclusivo para uso notarial en el que se redactan la matriz y las copias autorizadas. En este caso la cuantía del IAJD es muy baja (0,3 euros por pliego o 0,15 euros por folio, a elección del fedatario; art. 31.1 TRLTPyAJD). Según las SSTs de 15 de marzo de 2018, el IAJD por el timbre de la matriz debe ser abonado por mitad entre prestamista y prestatario, mientras que el IAJD



por el timbre de las copias autorizadas tiene como sujeto pasivo a quien las solicita (el prestamista o el prestatario).

El TS sostiene que es abusiva en su totalidad la cláusula que atribuye indiscriminadamente el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario, “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” (FJ 6º, ap. 1)

En cuanto a los efectos de la nulidad de la cláusula, el TS señala que “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 (en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo); 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” (FJ 6º, ap. 2). Conforme a este razonamiento, tras la nulidad de la cláusula el prestamista está obligado a restituir al consumidor la parte del IAJD sobre el documento notarial (derecho de cuota fija) que pagó el prestatario y que debería haber pagado el prestamista (la mitad del timbre de la matriz y la totalidad del timbre de las copias autorizadas que ha solicitado el prestamista).

En el caso de autos, el TS no condena al prestamista a la restitución de cantidades. “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” (FJ 6º, ap. 3). En definitiva, no se condena al prestamista a restituir la mitad del IAJD por el timbre de la matriz y por el timbre de las copias que ha solicitado el banco. Y ello porque no se acredita que el prestatario haya pagado esas cantidades.

Las sentencias que se comentan presentan algunas debilidades. A mi juicio, no está adecuadamente justificado por qué el IAJD sobre el timbre de la matriz tiene como sujeto pasivo a prestamista y prestatario, por mitad. También es discutible que la nulidad de la



cláusula de gastos tenga los efectos que le atribuyen estas sentencias. Sobre estas cuestiones me detendré más adelante (puntos 4 y 5). Pero antes interesa analizar la falta de concreción que a veces puede predicarse de la cláusula de gastos, y cómo ello provoca que la cláusula no supere el control de incorporación (punto 3).

3. La cláusula de gastos no supera el control de incorporación cuando es inconcreta.

Para que una cláusula predisposta y no negociada individualmente (como la cláusula de gastos) sea válida y produzca efectos, debe superar el control de incorporación y el de contenido. El control de incorporación (también llamado de inclusión o de transparencia formal) es un control “formal”, que requiere que la cláusula sea comprensible y accesible.

La cláusula de gastos debe ser comprensible [arts. 7.b) LCGC y 80.1.a) y b) TRLGDCU]. Eso supone, en primer lugar, su perceptibilidad material: no se incorporan las cláusulas ilegibles o imperceptibles, debido al tamaño de la letra o al insuficiente contraste del texto con el fondo que hace difícil su lectura. Pero también apela, en segundo lugar, a forma de la redacción de la cláusula: deben cumplirse los requisitos de “concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual” [art. 80.1.a) TRLGDCU]. En parecidos términos se expresa el art. 5.5 LCGC: “la redacción de las condiciones generales deberá ajustarse a los criterios de... claridad, concreción y sencillez”. Estas normas se refieren a comprensibilidad semántica y gramatical. Ello excluye las cláusulas excesivamente largas y complejas, sin una separación adecuada de cada una de sus unidades de sentido, o las que realizan complicados reenvíos o remisiones a otras partes del contrato. Las cláusulas deben emplear un lenguaje comprensible para el adherente, evitando el empleo de jergas o tecnicismos que, por correctos que resulten, escapen al entendimiento de un adherente medio.

Además, la cláusula ha de ser concreta. La concreción exige que las cláusulas que atribuyen derechos al empresario o imponen obligaciones al consumidor tengan sus contornos bien definidos. Una cláusula es inconcreta cuando delimita su supuesto de hecho con una formulación genérica, de tal manera que engloba una pluralidad de hipótesis.

La cláusula de gastos, en su redacción clásica, establece que el prestatario debe sufragar todos los gastos, tributos y costes que ocasionen la celebración del préstamo hipotecario y la constitución, conservación y cancelación de la garantía hipotecaria. La cláusula es



clara y sencilla en su redacción. Pero no mencionan cuáles son esos gastos cuyo abono corresponde al prestatario. Ciertamente es que el contrato (o la cláusula) no tiene por qué indicar los “costes” obligatorios “externos” que el consumidor debe sufragar en todo caso por haber celebrado el préstamo hipotecario (por ejemplo, los tributos que el consumidor debe abonar, o los aranceles notariales o registrales cuyo abono incumbe al consumidor). Pero sí debería mencionar los costes y gastos “internos” que el consumidor debe abonar y los “externos” que el consumidor no debe abonar por disposición legal pero que se le atribuyen en el contrato. Ni unos ni otros son indicados en la cláusula de gastos que se comenta, lo que hace dudar de que la cláusula sea comprensible y, en consecuencia, supere el control de incorporación. Si en un contrato bancario el documento debe mencionar las comisiones que el cliente debe abonar, indicando con precisión cuándo hay que abonarlas y en qué cuantía, sin que sea posible el reenvío a las tarifas puestas a disposición del público por la entidad bancaria o expuestas en el tablón de anuncios, lo mismo debe suceder respecto a otros “gastos” que deba sufragar el prestatario en un préstamo hipotecario: deben mencionarse en el documento contractual, sin que sea posible una genérica alusión a los mismos.

Esto se relaciona con el requisito de la concreción. La cláusula formula el supuesto de hecho de una manera muy genérica, lo que contraviene la exigencia de concreción. La cláusula, como es inconcreta, no supera el control de incorporación.

En el caso resuelto en la STS de 23 de diciembre de 2015, la sentencia de primera instancia (SJM nº 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011; Roj: SJM M 95/2011) declara que la cláusula, además de abusiva, no cumple con los requisitos de claridad y concreción del art. 5.5 LCGC (FJ 3º, párrafo 36). Sin embargo, la SAP Madrid (Secc. 28ª), de 26 de julio de 2013 (JUR 2013, 297024), dictada en apelación, entiende que “no estamos ante un problema de falta de claridad” (FJ 25º), de donde se deduce que la cláusula supera el control de incorporación. Esta cuestión no se plantea ante el Tribunal Supremo, por lo que la STS de 23 de diciembre de 2015 no tiene la oportunidad de pronunciarse sobre este punto.

Algunas sentencias de Audiencias Provinciales relacionan la falta de concreción de la cláusula de gastos con el control de incorporación. Así sucede en la SAP Alicante 132/2014 (Secc. 8ª), de 12 de junio de 2014 (AC 2014, 1136). En un caso en el que el prestatario no es consumidor, se denuncia que la cláusula de gastos no supera el control de incorporación por falta de transparencia. La sentencia establece que “de conformidad con lo establecido en la STJUE 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 105) (asunto C-26/13), la transparencia significa que el adherente pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. A su vez, la STS 9 de mayo de 2013 señala que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente



conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. La cláusula arriba transcrita no supera el control de transparencia porque su falta de concreción y de claridad impide conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que habrán de soportar los adherentes. Así pues, habrá que declarar su no incorporación" (FJ 3º).

Esta sentencia acierta cuando vincula la falta de concreción de la cláusula a la no superación del control de incorporación. Esto permite anular la cláusula (o más exactamente, la parte de la cláusula que adolece de falta de concreción), incluso aunque el adherente no sea consumidor, pues el control de incorporación rige para cualquier adherente (empresario o consumidor). Sin embargo, no parece correcta la alusión a la falta de transparencia, pues los gastos no constituyen el elemento principal del contrato, y aunque lo fueran, la falta de transparencia habría que relacionarla con la abusividad, y no con el control de incorporación, según doctrina consolidada del Tribunal Supremo.

En este mismo sentido se expresa la SAP Valencia 405/2015 (Secc. 9º), de 25 de noviembre de 2015 (JUR 2016, 129434). En relación con la cláusula que imputa al prestatario el pago de todos los impuestos, establece que "la imputación de pago de impuestos sin hacer discriminación alguna no es aceptable. Ello por cuanto de su redacción (único extremo al hemos de atender) se puede deducir que se hace cargo del pago de tributos cualquiera que sea el sujeto pasivo. La estipulación ha de excluirse por no colmar el control de incorporación por ambigua (art. 5.5 y 7 LCGC)" (FJ 4º). En consecuencia, la cláusula no supera el control de incorporación, y por eso debe ser eliminada (nulidad).

En cualquier caso, son mayoría las sentencias de las Audiencias Provinciales que, aceptando que la cláusula peca de falta de concreción y de generalidad, no relacionan estas circunstancias con el control de incorporación, sino con el de contenido, y concluyen que la cláusula no supera este último control, siendo por ello abusivas. Así, entre otras, SAP Valencia 252/2015 (Secc. 9º) de 15 de julio de 2015 (JUR 2015, 272933), Pontevedra 188/2016 (Secc. 1ª) de 7 de abril de 2016 (AC 2016, 943), Alicante 304/2016 (Secc. 8ª) de 4 de noviembre de 2016 (JUR 2017, 11480), Málaga 489/2016 (Secc. 6ª), de 5 de julio de 2016 (JUR 268365), La Rioja 177/2017 (Secc. 1ª) de 31 de octubre de 2017 (JUR 2017, 274263). En todas ellas se establece que la cláusula de gastos es abusiva debido a su carácter genérico e inconcreto.



Esta es la tesis que parecen sostener la SSTS de 15 de marzo de 2018. Establecen que la cláusula de gastos 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 imposables” (FJ 6º). En este pasaje la abusividad parece deducirse del hecho de que la cláusula se separa de la norma fiscal que regula quién es el sujeto pasivo; es abusiva, por tanto, por no superar el control de contenido. Pero el fallo de las sentencias declara que “la cláusula litigiosa es nula por abusiva, al atribuir, indiscriminadamente y sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario” [fallo 2º.(i)]. Aquí la abusividad parece derivarse de la generalidad en la redacción, de la falta de concreción.

Como es obvio, la falta de concreción no se predica de todas las cláusulas de gastos, sino únicamente de las que tienen una redacción omnicomprendiva y delimitan el supuesto de hecho de manera genérica. Desde la STS de 23 de diciembre de 2015 las entidades bancarias han modificado la redacción de la cláusula de gastos. En efecto, a partir del 2016 se usó que la cláusula de gastos detalle cada uno de los gastos que el prestatario debe sufragar. La razón parece evidente: evitar la posible impugnación de la cláusula por su falta de concreción y su generalidad.

Por otra parte, si la cláusula de gastos puede reputarse nula por no superar el control de contenido, ¿para qué intentar su nulidad esgrimiendo que no se tiene por incorporada por ser inconcreta? Porque la no incorporación de la cláusula la convierte en nula también en los contratos entre empresarios, pues también estos (como los contratos con consumidores) están sujetos a este control de incorporación.

Una última reflexión. Si la cláusula de gastos tiene una redacción genérica, pero se refiere sin más a “todos los gastos y costes” que se ocasionen por la celebración del préstamo hipotecario (sin aludir a “los tributos” o a los “impuestos”), hay que entender que la cláusula de gastos no impone el pago de los tributos. En tal caso, el pago de los tributos es una materia no afectada por la cláusula, por lo que el IAJD debe abonarlo quien sea sujeto pasivo según la normativa fiscal.

4. El sujeto pasivo del IAJD por el timbre del documento notarial (derecho de cuota fija).

Como ya se ha expuesto, la documentación de un préstamo hipotecario en un documento notarial provoca que se generen dos figuras o submodalidades tributarias del IAJD. El magistrado D. Nicolás Maurandi Guillén, en su voto particular a las SSTS de Pleno de la



Sala 3ª de 27 de noviembre de 2018 (FJ 3º, ap. 1), expone la distinta naturaleza y régimen de estas dos modalidades.

Hay una primera figura del IAJD sobre *los documentos notariales* (tributo sobre el “*instrumentum*” notarial) y otra submodalidad de IAJD sobre los *actos jurídicos documentados notarialmente* (tributo sobre el “*negotium*” notarial). El primer tipo es un tributo de cuota fija, cuyo hecho imponible es la utilización de papel timbrado exclusivo para uso notarial, en el que se redactan la matriz y las copias autorizadas de la escritura pública (art. 31.1 TRLTPyAJD). En cambio, en el segundo tipo (tributo sobre el acto jurídico notarialmente documentado, que es un tributo de cuota variable), el hecho imponible son las primeras copias de la escritura públicas y actas notariales, siempre que tengan por objeto cantidad o cosa evaluable, y contenga actos o contratos inscribibles en un Registro público (art. 31.2 TRLTPyAJD).

En el caso de préstamos hipotecarios, está sujeto a la cuota variable del IAJD la primera copia de la escritura pública de préstamo hipotecario que expide el notario. Y debe abonarse el IAJD en su cuota fija por la matriz de la escritura pública y por las copias autorizadas de la escritura que se expiden para el prestamista o el prestatario.

La cuantía del impuesto es muy diferente en ambas modalidades tributarias. En caso de IAJD sobre el documento (cuota fija), la cantidad que debe abonarse es muy reducida: 0,3 euros por pliego o 0,15 euros por folio, a elección del fedatario (art. 31.1 TRLTPyAJD). Sin embargo, en concepto de derecho de cuota variable, la cantidad es bastante elevada, estando el sujeto pasivo obligado a abonar varios miles de euros (a la base imponible, definida en el art. 30.1, se le aplica el tipo que corresponda, conforme al art. 31.2 TRLTPyAJD).

Los sujetos pasivos del IAJD se definen en el art. 29 TRLTPyAJD. Tras las sentencias de Pleno de 27 de noviembre de 2018, no hay dudas que el prestatario es el sujeto pasivo del IAJD en su modalidad de cuota variable (teniendo en cuenta la redacción original del art. 29, antes de su reciente reforma).

Sin embargo, estas sentencias de Pleno de la Sala 3ª no se ocupan de quién es el sujeto pasivo del IAJD en su modalidad de cuota fija. La razón parece clara: el TS no tiene que pronunciarse expresamente sobre ello, pues la demanda judicial de la que conoce tiene su origen en la liquidación efectuada por la oficina liquidadora de Alcalá de Henares en concepto de IAJD sobre el préstamo hipotecario documentado en escritura pública. El debate jurídico se centra en quién es sujeto pasivo de la cuota variable del IAJD, que es lo que se ingresa en la oficina liquidadora.



Pero la cuota fija del IAJD se abona de otro modo. Esa cantidad la “cobra” el propio notario al prestatario, junto a los aranceles notariales; y así figura en la factura que el notario remite al prestatario. Y después será el notario el que “liquide” con la Hacienda correspondiente.

Las sentencias de Pleno de la Sala 3ª no analizan quién es el sujeto pasivo del IAJD en su modalidad de cuota fija. Tampoco lo hacen los votos particulares. Pero el voto del Magistrado D. Nicolás Maurandi sí expresa las dificultades para aplicar el art. 29 de la ley a este tipo de IAJD, “porque la referencia al “*adquirente*” no se corresponde en absoluto con el hecho gravado en la primera submodalidad del gravamen que hemos diferenciado (el gravamen al documento mismo)” (FJ 3º, ap. 3).

Ante el silencio de la Sala 3ª del TS, no deja de ser curioso que sea la Sala 1ª del TS la que haya analizado quién es el sujeto pasivo del IAJD en su cuota fija.

De ello se ocupan las dos SSTs de Pleno de 15 de marzo de 2018. En el FJ 5º, apartado 5, señalan que el IAJD tiene dos modalidades (el derecho de cuota variable y el derecho de cuota fija), y que, conforme al art. 68 del Reglamento, el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario.

Y a continuación establecen lo siguiente (FJ 5º, ap. 6):

“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.

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. 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).



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

Según la Sala 1ª del TS, es el prestatario el sujeto pasivo del IAJD en lo que se refiere a la cuota variable. Y en cuanto a la cuota del IAJD por el timbre de los folios, hay que distinguir: en el timbre de las copias autorizadas el sujeto pasivo es quien las solicite (prestamista o prestatario), mientras que en el timbre de la matriz los sujetos pasivos son prestamista y prestatario, por mitad.

La argumentación utilizada para llevar a esta solución en lo que concierne al timbre de la matriz es inadecuada. De hecho, el tercer párrafo del FJ 6º, apartado 6, es de difícil comprensión. En un primer momento, el TS afirma que el abono de timbre de la matriz corresponde al prestatario, porque así resulta del art. 68 del Reglamento. Pero si existe un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, hay que “distribuir por mitad el pago del impuesto”. Según el TS, del RD 1426/1989, que regula los aranceles notariales, resulta que son “interesados” en la celebración del préstamo hipotecario tanto el consumidor como el prestamista, de donde se infiere -aunque no se afirma expresamente- que según este RD los gastos notariales deberían ser abonados por mitad entre prestamista y prestatario. Si ello es así, “es razonable” que el IAJD por el timbre de la matriz también se distribuya por mitad entre ambos.

La sentencia parece dar a entender que el IAJD sobre el timbre de la matriz deben abonarlo prestamista y prestatario porque ambos son los que debería abonar los gastos notariales. Este razonamiento no convence, pues una cosa es quién satisface los aranceles notariales (lo que debe averiguarse conforme a las reglas del derecho de contratos y la norma 6ª del Anexo II del RD 1426/1989), y otra muy distinta quién es el sujeto pasivo del IAJD. Esta última cuestión debe abordarse teniendo en cuenta el art. 29 TRLTPyAJD y el art. 68 del Reglamento. Las reglas de esos preceptos no tienen por qué coincidir (y de hecho no coinciden) con las del RD mencionado. Por otra parte, ¿por qué cuando existe un pacto (¿negociado?) entre prestamista y consumidor sobre los gastos notariales y registrales el IAJD debe distribuirse por mitad? Siguiendo el razonamiento del TS, ¿no sería razonable que la distribución del pago del IAJD fuera en la misma proporción que el de los gastos notariales? Además, si primero se afirma que el sujeto pasivo del IAJD del timbre de la matriz es el prestatario, porque así resulta de la normativa fiscal, ¿por qué cambia el criterio cuando hay un pacto sobre los aranceles notariales y registrales si ese pacto, por definición, no puede afectar a la normativa fiscal? Además, ¿qué tiene que ver en este asunto el pacto sobre el abono de los aranceles registrales?

No digo que la solución del TS sea incorrecta. Quizás podría sostenerse que el sujeto pasivo son las dos partes (prestamista y prestatario) porque así resulta del art. 29 de la



Ley, pues ambos tienen “interés” en que se documente la matriz de la escritura pública de préstamo hipotecario. Para ello habría que argumentar que el primer criterio del art. 29 (“es sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho”) no puede aplicarse, pues el hecho imponible del IAJD en su cuota fija es la propia expedición del documento, y no el acto o contrato que se documenta. Por esta razón no hay “adquirente” del bien o derecho. Y por eso hay que acudir al segundo criterio del art. 29 para averiguar el sujeto pasivo: “las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”. En lo que se refiere a la matriz, son prestamista y prestatario los que instan ese documento, y son también los dos los “interesados” en esa expedición. De ahí que los dos deban ser los sujetos pasivos de este IAJD.

En todo caso, las afirmaciones que el Fallo de las SSTS hacen sobre esta materia evidencian que existe cierta confusión sobre la materia. En concreto, en el punto 2º (ii) del Fallo se dispone lo siguiente:

“(ii) 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”.

En las letras a), b) y c) se enumeran lo que parece ser tres modalidades de IAJD. Esto es un error, pues en realidad sólo existen dos modalidades: las de las letras b) y c). La letra a) no existe como modalidad propia, y de hecho no se menciona como tal en el FJ 5º, apartados 5 y 6. Por otra parte, en cuanto al IAJD por el timbre de la matriz, repite el argumento del FJ 5º, apartado 6, con la importante diferencia de que ahora (en el Fallo) no se especifica que la cantidad a abonar tiene que distribuirse por mitad entre prestamista y prestatario.



Como es obvio, las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales desde marzo de 2018 han tenido toman en consideración la “nueva doctrina” del TS. Pero da la impresión de que no la han aplicado correctamente. Así, la SAP Barcelona 834/2018 (Secc. 15ª) de 28 de noviembre de 2018 (JUR 2018, 325044), señala que, tras la nulidad de la cláusula, “no se puede repercutir a la demandada el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados derivado del préstamo con garantía hipotecaria ni el impuesto sobre actos jurídicos documentados por la formalización del acto, salvo los devengados por las copias autorizadas”. De donde resulta que, para esta sentencia, es el prestatario el sujeto pasivo del derecho de cuota variable y también del derecho de cuota fija sobre la matriz. A esta misma conclusión llega la SAP Girona 551/2018 (Secc. 1ª) de 23 de noviembre de 2018 (JUR 2018, 325050), cuando sostiene que “en cuanto al impuesto de actos jurídicos documentados, en atención a las sentencias de 15 de marzo del 2.018 del Tribunal Supremo, antes citadas, el impuesto por el papel matriz correspondería al prestatario, que asciende a 6,76 euros y por las copias a aquella parte a cuyo favor se expidieron” (FJ 7º). Sin embargo, la SAP Las Palmas (Secc. 4ª) de 20 de abril de 2018 (JUR 2018, 111436) establece que “es razonable distribuir por mitad” el pago del timbre de los documentos notariales, tomando a estos efectos como referencia la cuantía que en ese concepto (timbre) figura en la factura notarial.

Esta es una cuestión abierta, pues no es la Sala 1ª del TS, sino la Sala 3ª, la competente para determinar quién o quiénes son los sujetos pasivos del IAJD en lo que se refiere al timbre de la matriz de la escritura del préstamo hipotecario.

5. El carácter abusivo de la cláusula que impone al prestatario el pago de los tributos.

Vamos a dar por buena la tesis de la Sala 1ª del TS (sentencias de 15 de marzo de 2018) según la cual (i) es el prestatario el obligado a abonar el derecho de cuota variable del IAJD; (ii) el derecho de cuota fija (timbre) por la matriz deben pagarlo prestamista y prestatario por mitad, o el prestatario únicamente, según los caso; y (iii) el derecho de cuota fija (timbre) de las copias autorizadas debe pagarlo el sujeto (prestamista o prestatario) que las solicite. Admitamos también que, como lo habitual es que en el préstamo hipotecario exista una cláusula sobre distribución de los gastos notariales y registrales, el timbre de la matriz deberán sufragarlo por mitad prestamista y prestatario.

De ello cabe concluir que el prestatario debe abonar el IAJD en lo relativo al derecho de cuota variable, la mitad del timbre de la matriz, y las copias autorizadas que solicite. Y el prestamista es el sujeto pasivo respecto a la mitad del timbre de la matriz, e íntegramente de las copias autorizadas que solicite.



Partiendo de estos datos, es abusiva la cláusula que impone al prestatario el pago de los tributos que origine la celebración del préstamo hipotecario o su inscripción en el Registro de la Propiedad. La razón de la abusividad de la cláusula no puede encontrarse en el art. 89.3.c) TRLGDCU, que únicamente entra en juego en la compraventa de vivienda, y no puede aplicarse al contrato de préstamo. Las SSTs de 15 de marzo de 2018 señalan que cabe la aplicación analógica de este precepto, “dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda” (FJ 5º, ap. 1, párr. 3). Este argumento no convence. Pero sí cabría sostener que es abusiva conforme a la primera frase del art. 89.3. La expresión “gastos de documentación y tramitación” puede interpretarse en sentido amplio, englobando cualquier tipo de gasto, sea del tipo que sea, que por ley corresponde al empresario (entre ellos está el IAJD por el timbre de la matriz, que hay que abonar por el hecho de documentar el préstamo hipotecario en escritura pública).

En cualquier caso, la cláusula es abusiva conforme al criterio general de abusividad del art. 82 TRLGDCU. La cláusula no es que se separe del derecho dispositivo, sino que es contraria a la configuración legal del tributo. Atribuye un coste económico al consumidor que una norma de derecho público hace recaer sobre el empresario. La cláusula crea un “desequilibrio importante” en los derechos y obligaciones de las partes, pues atribuye al consumidor una obligación (asumir el coste del tributo) que le perjudica. En concreto, hace recaer sobre el consumidor el importe íntegro del IAJD por el timbre de la matriz (cuando según la ley fiscal el consumidor sólo debería costear la mitad) y el IAJD sobre el timbre de las copias autorizadas que solicita y obtiene el prestamista (cuando según la ley fiscal es el prestamista el sujeto pasivo de este tributo). Este desequilibrio en los derechos y obligaciones del consumidor y del empresario no está justificado, y es por ello contrario a la buena fe. En efecto, no hay razones que justifiquen la imposición al consumidor del pago del tributo, más allá del exclusivo interés del empresario, que quiere, simplemente, garantizar su indemnidad económica, obligando al consumidor a soportar todos los costes y gastos derivados del préstamo hipotecario, sin ninguna compensación o contrapeso.

Las SSTs de 15 de marzo de 2018 recogen expresamente esta idea (aunque no cita el art. 82 TRLGDCU), cuando afirman que la cláusula es abusiva “en cuanto que 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” (FJ 6º, ap. 1). Repárese que esta misma argumentación ya ha sido acogida por el TS en otras sentencias anteriores, relacionadas con el pago del impuesto de “plusvalía”. Así, la STS de 25 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 576) dispone que la cláusula que impone su pago al comprador es abusiva, por establecer un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe. En el



mismo sentido, SSTS de 12 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1486) y 17 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1547).

El desequilibrio económico que sufre el prestatario por la cláusula que le impone el pago de los tributos es muy escaso. Pues son apenas un puñado de euros los que el consumidor abona en concepto de IAJD y que, en realidad, deberían ser satisfechos por el prestamista (que es el verdadero sujeto pasivo). Se trata de la mitad del timbre de la matriz y del timbre de las copias autorizadas que solicita y obtiene el prestamista. La escasa cuantía económica del perjuicio no impide que exista un desequilibrio “importante”, a los efectos de la Directiva de cláusulas abusivas. Pues como ha declarado la STJCE de 16 de enero de 2014 (asunto C-226/13), precisamente al resolver una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español en relación con la imposición al consumidor del pago del impuesto de “plusvalía”, la importancia del desequilibrio no ha de medirse en términos económicos (si los costes adicionales que se le imponen al consumidor son o no elevados), sino jurídicos. Por eso, hay desequilibrio (y por eso la cláusula puede reputarse abusiva) aunque las cuantías del IAJD que ha abonado el consumidor, y que no le corresponden según la ley fiscal, sea muy reducidas.

El carácter abusivo de la cláusula va a depender de la redacción que tenga. Es abusiva la cláusula tradicional, omnicomprendiva, que impone al prestatario el pago de todos los gastos, costes y tributos, pues hace recaer sobre el prestatario el pago de tributos en los que él no es el sujeto pasivo. Lo mismo cabe predicar de la cláusula que dispone que “son de cuenta del prestatario los tributos que se origine con la celebración del préstamo hipotecario”; también es abusiva, pues igualmente le impone el pago de todos los tributos. Imaginemos que la cláusula establece lo siguiente: “son de cuenta del prestatario el pago del impuesto de actos jurídicos documentados”. También es abusiva, pues se obliga al prestatario a abonar el IAJD por el timbre de la matriz y de todas las copias autorizadas (al margen de quién las solicite). La conclusión es la misma si la cláusula señala que “son de cuenta del prestatario el pago del impuesto de actos jurídicos documentados por la constitución del préstamo hipotecario”. Pues por la constitución del préstamo hipotecario el prestamista es sujeto pasivo de la mitad del IAJD del timbre de la matriz de la escritura pública, y no cabe imputar ese coste al prestatario (eso convierte a la cláusula en abusiva).

Sin embargo, imaginemos que la cláusula está redactada de este modo: “son de cuenta del prestatario el impuesto de actos jurídicos documentados por derecho de cuota variable y por derecho de cuota fija”. La primera parte de la cláusula no es abusiva (pues eso mismo resulta de la regla fiscal), pero sí la segunda (pues le impone el pago de tributos en los que él no es sujeto pasivo). Esta misma solución debe acogerse si la cláusula dispone que “son de cuenta del prestatario el impuesto de actos jurídicos documentados por la constitución del préstamo hipotecario y por derecho de cuota fija”. La primera parte



de la cláusula ha de interpretarse como referida al derecho de cuota variable, distinguiéndose así de la segunda parte relativa al IAJD sobre el timbre.

En todos estos casos se trata de cláusulas de gastos incluidas en contratos de préstamo celebrados antes de que entrara en vigor la nueva redacción del art. 29 TRLTPyAJD. Es obvio que la nueva redacción no puede ser tomada en consideración para analizar el posible carácter abusivo de la cláusula de gastos de un contrato anterior a esa fecha: para ese fin ha de estarse a la norma fiscal vigente en el momento de celebrarse el contrato de préstamo hipotecario.

Una última observación. Cabría pensar que la cláusula que impone el abono de los impuestos al prestatario no puede reputarse abusiva, simplemente porque la cláusula no está sometida a la Directiva de cláusulas abusivas, al reproducir un precepto reglamentario –el art. 68.2 del Reglamento- (art. 1.2 de la Directiva). Este argumento no convence. Por una parte, porque este precepto reglamentario ha sido declarado nulo por la STS (Sala 3ª) de 18 de octubre de 2018, y la nulidad se predica desde el principio (desde que el Reglamento se publicó), por lo que hay que proceder como es ese precepto nunca hubiera existido. Pero es que, además, la cláusula de gastos no reproduce el texto del art. 68.2 del Reglamento: aquella impone el pago de los impuestos o tributos al prestatario, y este establece que en los préstamos hipotecarios se considera adquirente al prestatario, lo que son cosas distintas.

6. Efectos de la nulidad de la cláusula: ¿puede el consumidor conseguir la devolución de todas las cantidades abonadas en concepto de IAJD?

Hay que indagar ahora qué consecuencias tiene la declaración de abusiva de la cláusula que impone al prestatario el pago de los tributos. En particular, ¿puede el prestatario pedir la devolución de todo lo pagado en concepto de IAJD, aunque exista una norma fiscal que le atribuya algunos de esos pagos?, ¿o una vez eliminada la cláusula abusiva se aplica la norma que regula esta cuestión, y, en consecuencia, puede reclamar al prestamista únicamente las cantidades que él satisfizo y que no estaba obligado a abonar según la normativa fiscal?

La adopción de una u otra tesis está directamente relacionada con la posibilidad de acudir al derecho nacional supletorio. Conforme a una primera interpretación, como la cláusula es nula no se aplica, y tampoco se aplica el derecho nacional que preveía una regla concreta para la hipótesis contemplada en la cláusula. Por lo tanto, el juez debe decretar la nulidad de la cláusula y el consumidor puede pedir la restitución de todo lo abonado, con independencia de que exista en el derecho nacional una norma que imponga al



consumidor el pago de ciertas cantidades en esa hipótesis. Por el contrario, y conforme a una segunda interpretación, la cláusula abusiva se elimina y se tiene por no puesta, pero hay que aplicar la norma que regula esa cuestión. Si esa norma impone al consumidor el pago de ciertas cantidades económicas, vendrá obligado a pagarlas, y así lo puede establecer el juez en la sentencia que declara abusiva la cláusula.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión. Lo ha hecho en relación con los intereses de demora, y con la posible aplicación del art. 1108 CC tras la nulidad de la cláusula que los fija. Sobre el particular, la STJUE de 21 de enero de 2015 (asunto C-482/13 y otros, ap. 33), tras declarar que el juez nacional debe únicamente dejar sin aplicación la cláusula abusiva, reconoce al juez nacional “la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los 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 ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización”. En el mismo sentido se expresan la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13), el ATJUE de 17 de marzo de 2016 (asunto C-613/15) y la reciente STJUE de 7 de agosto de 2018 (asuntos C-96/16 y 94/17).

De ello resulta que la doctrina del TJUE es que no cabe aplicar el derecho nacional supletorio. Son varias las razones esgrimidas por el TJUE para fundar esta solución. Así resulta, en primer lugar, de la redacción del art. 6.1 de la Directiva, que tras prever la expulsión de las cláusulas abusivas (“no vincularán al consumidor”), ordena mantener la vigencia del contrato, sin aludir en modo alguno a una posible integración por decisión judicial o por aplicación del derecho nacional. Un segundo argumento tiene que ver con el principio de efectividad y con el efecto disuasorio de la nulidad. Si el juez pudiera modificar el contenido de la cláusula, se podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva, pues ello contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los empresarios el hecho de que, pura y simplemente, las cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. De lo contrario, los empresarios se verían tentados a utilizar tales cláusulas, al saber que, aun cuando llegara a declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez. Conforme a este razonamiento, el empresario no tendría incentivos para dejar de usar cláusulas abusivas, pues lo más grave que puede ocurrir es que la cláusula se declare nula y se aplique la norma supletoria nacional.



La doctrina del TJUE es que no cabe aplicar el derecho supletorio dispositivo, salvo que la nulidad de la cláusula conlleve la nulidad de todo el contrato y ello provoque consecuencias negativas al consumidor. El TJUE entiende que esta excepción no concurre cuando la cláusula abusiva es la que fija los intereses de demora, pues la nulidad de esta cláusula no afecta negativamente al consumidor. Lo mismo cabe predicar de la cláusula de gastos: su nulidad no perjudica al consumidor. Al contrario, le beneficia, porque le exime de pagar las cantidades que la cláusula le impone.

El Tribunal Supremo se ha ocupado con detenimiento de esta cuestión en varias sentencias, que versan sobre los intereses moratorios. En particular, en la STS de 22 de abril de 2015 (RJ 2015, 1360). Tras exponer con detalle la doctrina del TJUE, dispone que “la conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE... es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del CC, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario” (FJ 4º). En idénticos términos se expresa las STS de 7 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 3976), que además de reproducir lo ya dicho, añade que salvo que la nulidad de la cláusula acarree la de todo el contrato y eso perjudique al consumidor, “el TJUE ha sido tajante en excluir la aplicación de la norma nacional de Derecho dispositivo para integrar el contrato una vez que la cláusula ha sido declarada abusiva”, añadiendo que “tratándose de una cuestión, la abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, en la que el ejercicio de la soberanía ha sido cedido a la Unión Europea, los tribunales nacionales han de seguir la jurisprudencia del TJUE” (FJ 6º). Esta argumentación se reproduce literalmente en la STS de 8 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 3977). Y a esta misma conclusión se llega también en las SSTS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5714) y 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 2300).

En consecuencia, el Tribunal Supremo sigue a la jurisprudencia del TJUE –como declara en sus sentencias, no le queda otra opción- y considera no aplicable el derecho supletorio tras haberse declarado nula una cláusula abusiva.

Esta misma tesis se sigue en la reciente STS de Pleno de 28 de noviembre de 2018. En ella se afirma lo siguiente:

6.- Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, de 30 de mayo de 2013, asunto C- 488/11,



caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, han deducido de la redacción de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 1993/13/CEE que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma.

El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales.

7.- Por tal razón, declarada la abusividad de una cláusula, tampoco es posible aplicar de modo supletorio una disposición de carácter dispositivo de Derecho nacional. El TJUE, en sus sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se vea obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quede expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización”.

Puede discreparse de la solución ofrecida por el TJUE. Pero, guste o no, es la doctrina que debe aplicarse.

Una vez expuesta la doctrina del TJUE, hay que analizar el modo en que las Audiencias Provinciales se han pronunciado en relación con los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos.

Existe un primer grupo de sentencias que sostienen que el consumidor tiene derecho a la restitución de todo lo abonado por la aplicación de la cláusula de gastos (devolución total). En apoyo de esta tesis suelen citar el art. 1303 CC y la doctrina del TJUE sobre la inaplicación del derecho nacional supletorio. Esta es la postura mantenida, entre otras, en las SSAP Asturias 32/2017 (Secc. 5º) de 1 de febrero de 2017 (JUR 2017, 75770), Asturias 63/2017 (Secc. 5ª) de 17 de febrero de 2017 (JUR 2017, 94723), Cáceres 404/2017 (Secc. 1ª) de 13 de septiembre de 2017 (JUR 2017, 247013), Cáceres 519/2017 (Secc. 1ª) de 18 de octubre de 2017 (JUR 2017, 280455), Cantabria 553/2017 (Secc. 4ª) de 8 de noviembre de 2017 (JUR 2017, 275671), Vizcaya 478/2017 (Secc. 3ª) de 13 de diciembre de 2017 (AC 2017, 1550), Vizcaya 311/2017 (Secc. 3ª) de 13 de julio de 2017 (JUR 2017, 235815), Pontevedra 494/2017 (Secc. 6ª) de 3 de noviembre de 2017 (JUR 2017, 289466), Alicante 447/2017 (Secc. 8ª) de 13 de noviembre de 2017 (JUR 2017, 309303), Segovia 173/2017 (Secc. 1ª) de 27 de julio de 2017 (JUR 2017, 252134).



Conforme a esta tesis, si es abusiva la cláusula que impone al consumidor el pago de los tributos, éste puede solicitar al prestamista la devolución de todas las cantidades pagadas en concepto de IAJD.

Pero hay una segunda tesis, según la cual, tras eliminar del contrato la cláusula abusiva, prestamista y consumidor soportarán cada uno los gastos que les corresponde según la ley (devolución parcial). Conforme a este criterio, como el consumidor ya ha abonado íntegramente todos esos gastos, tiene derecho a recuperar del prestamista el importe equivalente a los gastos que, según la ley, él no debía soportar; o lo que es lo mismo, puede reclamar las cantidades cuyo pago corresponde al prestamista, conforme a la normativa vigente. En realidad, esta forma de proceder supone la admisión de la aplicación supletoria del derecho nacional, lo que choca frontalmente con la doctrina del TJUE ya expuesta.

Podría argumentarse que esta segunda tesis no toma en consideración el art. 1303 CC, que impone la restitución íntegra de todas las prestaciones ejecutadas. En realidad, lo que sucede es que el crédito del consumidor a obtener la restitución de todos los gastos satisfechos *ex art.* 1303 CC se compensa con la deuda (que nace del derecho supletorio) que le obliga a abonar ciertas cantidades. La diferencia entre ambas partidas (que son precisamente los gastos que el consumidor no debe abonar según el derecho supletorio) es lo que el consumidor puede reclamar al prestamista.

Esta segunda tesis ha sido asumida por la mayoría de Audiencias Provinciales. La aplican, entre otras, las SSAP Pontevedra 175/2014 (Secc. 1ª) de 14 de mayo de 2014 (JUR 2014, 145294), Pontevedra 524/2016 (Secc. 1ª) de 14 de noviembre de 2016 (AC 2073), Pontevedra 524/2016 (Secc. 1ª) de 14 de noviembre de 2016 (AC 2073), Pontevedra 152/2017 (Secc. 1ª) de 28 de marzo de 2017 (JUR 2017, 94899), Barcelona 269/2015 (Secc. 15ª) de 18 de noviembre de 2015 (JUR 2016, 5194), Barcelona 225/2016 (Secc. 15ª) de 17 de octubre de 2016 (JUR 240432), Valencia 659/2016 (Secc. 9ª) de 11 de mayo de 2016 (JUR 2016, 214858), Valencia 684/2017 (Secc. 9ª) de 14 de diciembre de 2017 (JUR 2018, 1048), Tarragona 436/2016 (Secc. 1ª) de 22 de septiembre de 2016 (AC 2017, 302), Alicante 304/2016 (Secc. 8ª) de 4 de noviembre de 2016 (JUR 2017, 11480), La Coruña 26/2017 (Secc. 4ª), de 26 de enero de 2017 (JUR 2017, 65488), La Coruña 302/2017 (Secc. 4ª) de 25 de septiembre de 2017 (JUR 2017, 254350); La Coruña 361/2017 (Secc. 4ª) de 2 de noviembre de 2017 (JUR 2017, 308190) y La Coruña 375/2017 (Secc. 4ª) de 8 de noviembre de 2017 (JUR 2017, 309145), Asturias 174/2017 (Secc. 5ª) de 8 de mayo de 2017 (JUR 2017, 144707), Asturias 153/2017 (Secc. 6ª) de 19 de mayo de 2017 (JUR 2017, 175335), Asturias 193/2017 (Secc. 6ª) de 2 de junio de 2017 (JUR 2017, 171741), Asturias 197/2017 (Secc. 6ª) de 2 de junio de 2017 (JUR 2017, 171744), Asturias 222/2017 (Secc. 6ª) de 23 de junio de 2017 (JUR 2017, 210725),



Asturias 421/2017 (Secc. 7ª) de 28 de septiembre de 2017 (JUR 2017, 258897), La Rioja 177/2017 (Secc. 1ª) de 31 de octubre de 2017 (JUR 2017, 274263), La Rioja 178/2017 (Secc. 1ª) de 31 de octubre de 2017 (JUR 2017, 274266), Islas Baleares 325/2017 (Secc. 5ª) de 7 de noviembre de 2017 (JUR 2017, 308658), Murcia 20/2018 (Secc. 4) de 11 de enero de 2018 (JUR 2018, 63463), Salamanca 425/2017 (Secc. 1ª) de 28 de septiembre de 2017, Salamanca 68/2018 (Secc. 1ª) de 14 de febrero de 2018, Las Palmas (Secc. 4ª) de 20 de abril de 2018 (JUR 2018, 111436)

Las SSTs de 15 de marzo de 2018 asumen la segunda tesis (restitución parcial). Lo argumentan del siguiente modo:

“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 (en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo); 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” (FJ 6º, ap. 2, párr. 2).

La aplicación de esta doctrina significa que el prestamista queda obligado a restituir al prestatario la mitad del IAJD por el timbre de la matriz y el IAJD por el timbre de las copias autorizadas que ha solicitado el prestamista.

Es curioso que el TS despache esta cuestión tan relevante con este único párrafo. Y resulta muy llamativo que el TS no mencione el art. 1303 CC, ni aluda a la doctrina del TJUE sobre la imposibilidad de aplicar el derecho nacional supletorio tras la nulidad de la cláusula abusiva. Da la sensación de que estas omisiones son deliberadas, y de que el TS no ha querido “entrar” en ese aviso, ante el riesgo que ello supone. Sea como fuere, esta inaplicación puede llevar a entender que estas sentencias han vulnerado la jurisprudencia del TJUE y los principios de no vinculación y de efectividad de la Directiva de cláusulas abusivas (arts. 6.1 y 7.1), lo que justificaría la interposición de una cuestión prejudicial ante el TJUE. Sobre ello me detendré más adelante (epígrafe 7).

La tesis de la Sala 1ª (restitución parcial) ha sido seguida por algunas Audiencias. Así, la SAP Las Palmas (Secc. 4ª) de 20 de abril de 2018 (JUR 2018, 111436) condena al prestamista a devolver 6,27 € (que corresponden a la mitad del timbre de la matriz). La SAP Orense (Secc. 1ª) de 10 de octubre de 2018, reproduce el texto de las SSTs de 15 de marzo de 2018, y señala que, tras la nulidad de la cláusula, “el pago del tributo vendrá



regido entonces por las normas legales que lo disciplinan y solo si conforme a ellas el pago corresponde al prestamista, éste podría ser condenado a su devolución”. En parecidos términos se expresa la SAP Barcelona 834/2018 (Secc. 15ª) de 28 de noviembre de 2018 (JUR 2018, 325044): “la nulidad de la cláusula por abusiva no significa que se desplace al prestamista el pago de los tributos que por Ley corresponden al prestatario”. Por eso, “la nulidad de la cláusula no determina el derecho del adherente a solicitar la reintegración de los tributos en los que constaba el prestatario como sujeto pasivo del impuesto”. A una consecuencia similar llega la SAP Girona 551/2018 (Secc. 1ª) de 23 de noviembre de 2018 (JUR 2018, 325050).

Sin embargo, sigue habiendo sentencias que defiende la restitución total. Es lo que ocurre con la SAP Cantabria 532/2018 (Secc. 4ª) de 31 de octubre de 2018 (JUR 2018, 318514). En primera instancia se condena al prestamista a restituir todos los gastos notariales, registrales y de gestoría, pero no el IAJD. Interpone recurso de apelación el prestamista, quien alega, entre otras cosas, que esos gastos deberían repartirse por mitad. La AP desestima el recurso (y esa alegación), con cita de la doctrina del TJUE, según la cual “queda interdicta la moderación o integración por cuanto si el juez nacional tuviera facultad de modificar el contenido de las cláusulas que figuran en tales contratos, se eliminaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas no se apliquen frente a los consumidores” (FJ 6º). La AP ni siquiera se plantea cuál es el derecho nacional supletorio (esto es, quién es el sujeto pasivo según la ley fiscal). Entiende, sin más, que tras la nulidad procede la restitución de todo lo abonado.

A mi juicio, conforme a la doctrina del TJUE no queda otra opción que admitir la restitución total de las cantidades abonadas en concepto de IAJD, siempre que exista una cláusula predispuesta que impone el pago de los tributos al prestatario (y no la hay cuando la cláusula se refiere, sin más, al pago de todos los gastos o costes de celebración del préstamo hipotecario, sin aludir a los tributos). El hecho de que el “derecho nacional supletorio” sea, en este caso, una norma fiscal no es obstáculo para la aplicación de la doctrina del TJUE. Lo relevante no es que esa norma fiscal tenga naturaleza imperativa, y por tanto, la regla en ella contenida sea de aplicación necesaria (inderogable) en las relaciones entre la Hacienda pública y el sujeto pasivo del tributo (el obligado fiscal es siempre quien la ley fiscal designe como sujeto pasivo). Lo relevante es que no cabe imponer en cláusulas predispuestas (pero sí en cláusulas realmente negociadas) que el coste del impuesto lo asumirá el consumidor aunque él no sea el sujeto pasivo según la ley fiscal. El efecto disuasorio de la Directiva ha de regir también en ese ámbito. Pues, de lo contrario, lo peor que le puede suceder al prestamista que impone al prestatario el abono de los impuestos es que, tras la nulidad de esa cláusula, se quede en la misma



situación que tendría de no haber incluido la cláusula. Y no es eso lo que, según la doctrina del TJUE, debe suceder.

Una observación importante. Si se sigue esta tesis, a efectos prácticos carece de trascendencia que el sujeto pasivo del timbre de la matriz lo sean prestamista y prestatario por mitad o únicamente el prestatario. Pues, aunque fuera solamente el prestatario, sigue siendo abusiva la cláusula que le impone el abono de todos los impuestos (incluido el IAJD por el timbre de las copias autorizadas que solicita el prestamista). Al ser la cláusula abusiva, procedería la restitución total, en los términos expuestos.

Repárese que la doctrina del TJUE no tiene relevancia únicamente en relación con el IAJD, sino que también es importante en lo que concierne a otros gastos, como los gastos notariales. Pues si se entiende (como yo sostengo, y se deduce de las SSTs de 15 de marzo de 2018) que, si no se hubiera impuesto su abono íntegramente al prestatario en la cláusula predispuesta, los aranceles notariales deberían ser pagados por mitad entre prestamista y prestatario, tras la nulidad de la cláusula el prestatario tiene derecho a pedir al prestamista la devolución de todas las cantidades que abonó en ese concepto, y no únicamente la mitad. Lo mismo sucederá si se admite que los gastos de gestoría tenían que haberse pagado por mitad, y los pagó íntegramente el prestatario. La situación es diferente respecto a los gastos de inscripción en el Registro. Si partimos de que la normativa reguladora (RD 1427/1989) establece que es el prestamista el obligado a abonar los aranceles registrales por la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, tras la nulidad de la cláusula que impone su abono al prestatario éste podrá reclamar toda esa cantidad; para ello no es necesario acudir a la doctrina del TJUE, sino que simplemente basta con alegar que el obligado al pago era el prestamista (ese es el derecho nacional supletorio), por lo que el prestatario tiene derecho a que se le devuelva íntegramente esa partida.

Una última cuestión. Autorizadas voces han defendido que el consumidor no podrá pedir al banco el reembolso con apoyo en el art. 1303 CC (CARRASCO PERERA, PANTALÉON, PASQUAU LIAÑO). Me permito discrepar de esta tesis, o aun sin discrepar, sostener que la jurisprudencia del TJUE exige una devolución total de las cantidades abonadas en ejecución de la cláusula abusiva. No hay razones para dejar de aplicar esta jurisprudencia en la hipótesis de que la cláusula reconozca a un tercero un crédito contra el consumidor distinto del crédito del banco predisponente. Quiero aclarar que no comparto la doctrina del TJUE sobre la inaplicación del derecho nacional supletorio y el efecto sancionador y disuasorio de la Directiva de cláusulas abusivas. Pero que no la comparto no significa que no deba aplicarse.

7. El posible planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE.

La averiguación de quién es el sujeto pasivo del IAJD es una cuestión totalmente ajena a la protección de los consumidores. Por ello, no cabe interpretar el art. 29 TRLTPyAJD tomando en consideración la Directiva de cláusulas abusivas. Aciertan, pues, las SSTs de la Sala 1ª de 15 de marzo de 2018 cuando afirman que “para adoptar esta decisión, 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/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores” (FJ 6º, ap. 2, párr. 3).

En consecuencia, no cabe interponer una cuestión prejudicial ante el TJUE contra la doctrina sentada en las SSTs de Pleno de la Sala 3ª, de 27 de noviembre de 2018, alegando una posible vulneración de la Directiva de cláusulas abusivas.

Por otra parte, el magistrado D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, en su voto particular a las SSTs (Sala 3ª) de Pleno de 27 de noviembre de 2018, entiende que, antes de resolver estos recursos de casación, hubiera sido necesario plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial para que se determine si resulta compatible con el art. 34 de la Carta de Derechos de la Unión Europea³ y con el art. 13.1 de la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, una legislación (como la española) que grave la formalización documental ante fedatario público de contratos de préstamo hipotecario cuyo fin es adquirir una vivienda habitual, sujetándose al IAJD, “en cuanto la aplicación de esta carga fiscal al prestatario no aparece justificada por razones objetivas y se revela desproporcionada, en la medida que dificulta el acceso de los consumidores al crédito inmobiliario y pone en riesgo la transparencia del mercado hipotecario” (voto particular, FJ 4º). Entiendo que es innecesario plantear la cuestión prejudicial en los términos propuestos, pues no cabe apreciar una violación de ninguna de esos dos preceptos.

Sin embargo, sí cabe plantear una cuestión prejudicial sobre la doctrina sentada por la Sala 1ª del TS sobre los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos. Como ya se ha

³ El art. 34.3 establece que “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.



expuesto, el TS defiende que tras la nulidad de la cláusula que impone al consumidor el pago de los impuestos hay que aplicar la norma fiscal que se ha tratado de evitar. La Sala 1ª del TS consagra la restitución parcial de cantidades tras la nulidad de la cláusula. Esto es contrario a la jurisprudencia del TJUE, y vulnera los principios de no vinculación y de efectividad recogidos en los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva de cláusulas abusivas. Por eso sería recomendable que algún juzgado o tribunal español elevara una cuestión prejudicial al TJUE, para que este tenga la oportunidad de pronunciarse sobre el particular.

8. Las inminentes Sentencias de Pleno de la Sala 1ª sobre la cláusula de gastos (IAJD).

Muchas de las cuestiones que aquí se plantean deberían quedar definitivamente resueltas por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en los próximos días, pues pronto se publicarán varias sentencias sobre esta materia. Efectivamente, el pasado 17 de octubre se celebró un Pleno de la Sala 1ª en la que se abordaron, entre otras cosas, cuatro recursos de casación contra otras tantas sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias sobre la cláusula de gastos. Se trata de los recursos de casación 2128/2017, 4912/2017, 5025/2017 y 5298/2017, en los que actúa como ponente D. Pedro Vela. Si todavía no se ha dictado estas sentencias es porque, además de la complejidad técnica del asunto, la Sala 1ª estaba pendiente de los vaivenes de la Sala 3ª sobre la interpretación del art. 29 TRLTPyAJD. Por otra parte, el 8 de noviembre de 2018 es la fecha fijada para la deliberación en la Sección 2ª del TS del recurso de casación 2241/2018, contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, que versa sobre la nulidad de la cláusula de gastos y los efectos de la nulidad, con el mismo ponente (D. Pedro Vela).

La cosa no queda ahí. El miércoles 12 de diciembre el Pleno de la Sala 1ª ha deliberado el recurso de casación 2241/2016 contra una sentencia, de nuevo, de la Audiencia Provincial de Asturias, sobre esta misma materia (nulidad de la cláusula de gastos y efectos de su nulidad) y con el mismo ponente.

Sería deseable que en estas sentencias se abordaran las cuestiones que quedan pendientes en relación con la cláusula que impone el pago de los tributos al prestatario. En particular, la Sala 1ª debería pronunciarse de nuevo sobre quién es el sujeto pasivo en el IAJD sobre la matriz de la escritura pública, dada la falta de claridad sobre este punto de las SSTS de 15 de marzo de 2018. También se espera que estas sentencias se ocupen de los efectos de la nulidad, en concreto, de si la restitución de cantidades debe ser total o parcial. Sería bueno que analizara con detalle la posible aplicación del art. 1303 CC, y cómo afecta la doctrina del TJUE sobre la inaplicación del derecho nacional supletorio al caso de autos.



Más allá de lo concerniente a los tributos, el TS también deberá analizar si es abusiva la cláusula que impone al prestatario el pago de todos los gastos notariales. En las SSTs de marzo de 2018 se desliza que esos gastos deberían sufragarse por mitad entre prestamista y prestatario⁴. Es el momento de que el TS se manifieste expresamente sobre este tema, y sobre los efectos de la nulidad de esta cláusula (¿restitución de todos los aranceles abonados o únicamente de la mitad, que son los que debería haber abonado el prestamista?). En cuanto a los aranceles registrales, la doctrina de las Audiencias Provinciales es clara en el sentido de que debería costearlos el prestamista. El TS deberá confirmar esta tesis. Más discusiones plantea la cláusula relativa al pago de los gastos de gestoría y tasación. La jurisprudencia menor está dividida, y no mantiene una posición unívoca. Es el momento de que el TS ponga orden en esta materia⁵. Lo mismo ocurre en relación con la prescripción. Se discute si la acción de restitución de cantidades (tras la nulidad de la cláusula) prescribe o no, y en su caso, cuál es el *dies a quo* del plazo de prescripción. Ha llegado la hora de que el TS se pronuncie expresamente sobre esta cuestión. La decisión del TS sobre este punto se espera como agua de mayo, porque trasciende a la cláusula de gastos, y tiene relevancia para cualquier otra cláusula predispuesta e impuesta en un contrato.

9. El pago del IAJD en el nuevo art. 29 TRLTPyAJC y en la proyectada regulación de los contratos de crédito inmobiliario

A los préstamos hipotecarios que se celebren después del 10 de noviembre de 2018 les será de aplicación el art. 29 TRLTPyAJD, en la nueva redacción que le da el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre. Se incorpora un segundo nuevo párrafo, según el cual “cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”. De la simple comparación con el derogado art. 68.II del Reglamento resulta que hay notables diferencias entre ambos.

En una primera aproximación, parece claro que el prestamista, en tanto que sujeto pasivo del IAJD, estará obligado a abonar a la Hacienda pública tanto el derecho de cuota variable como el derecho de cuota fija sobre la matriz de la escritura (timbre de la matriz). Entiendo que en el IAJD del timbre de las copias autorizadas el sujeto pasivo es quien las solicita, como resulta de la parte final del primer párrafo del art. 29.

⁴ Así las interpreta la SAP Islas Baleares 482/2018, de 15 de octubre (JUR 2018, 311185), que sostiene que los gastos notariales deben abonarse por mitad.

⁵ Sobre el particular, v. mi trabajo *La nulidad de la cláusula de gastos...*, *cit.*, en particular en las pp. 49 y ss. (gastos notariales), pp. 97 y ss. (gastos registrales), y pp. 159 y ss. (gastos de gestoría).



En cuanto a la regulación de los contratos de crédito inmobiliario, el 11 de diciembre se ha publicado el Informe de la Ponencia⁶. La regulación proyectada establece quién debe soportar los diferentes gastos asociados a la celebración del préstamo [art. 12.1.e) del Proyecto de Ley]. Así, el prestamista deberá asumir el coste de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, los gastos de gestoría, y el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecarios (los de las copias los asumirá quien las solicite). Por su parte, los gastos de tasación del inmueble corresponden al prestatario.

En relación con los impuestos, se establece que “el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable” [art. 12.1.e).iv)]. A continuación, la norma aclara que si se produce una o varias subrogaciones en la posición del prestamista conforme a la Ley 2/1994, la entidad prestamista primitiva debe ser reintegrada por la nueva prestamista “en la parte proporcional del impuesto y los gastos que le correspondieron en el momento de la constitución del préstamo”, conforme a unas reglas que se recogen en el texto legal. La aplicación de estas reglas en la práctica planteará numerosos problemas.

⁶ Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-4.PDF#page=1