



**EL PRESTATARIO TIENE DERECHO A OBTENER LA DEVOLUCIÓN DE
ALGUNAS CANTIDADES ABONADAS EN CONCEPTO DE IMPUESTO DE ACTOS
JURÍDICOS DOCUMENTADOS TRAS LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE
GASTOS***

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

Fecha de publicación: 7 de abril de 2021

1. Introducción

Una de las cuestiones más debatidas en los últimos años, en relación con la cláusula del préstamo hipotecario que impone al prestatario el pago de todos los gastos de constitución del préstamo, es si, tras la nulidad de la cláusula de gastos por reputarse abusiva, el prestatario podía pedir la devolución del importe por él abonado en concepto de impuesto de actos jurídicos documentados (IAJD).

En numerosas sentencias, muchas de ellos dictadas en los últimos meses, el Tribunal Supremo ha señalado que, tras la nulidad de esa cláusula, el prestatario no tiene derecho a pedir la restitución de cantidad alguna en relación con el IAJD. En mi opinión, esta solución no es acertada, como trataré de explicar en las páginas que siguen.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social" y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: 2020-GRIN-29156 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.



2. El sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en caso de constitución de un préstamo hipotecario

Durante años los fiscalistas se han preocupado de averiguar quién es el sujeto pasivo del IAJD en caso de constitución de un préstamo hipotecario. La imprecisa redacción de la versión original 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 provocó 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 3.^a del Tribunal Supremo consistía en considerar sujeto pasivo del IAJD al prestatario. Así lo ha establecido, durante décadas, en numerosas sentencias¹. Sin embargo, las SSTs 1505/2018, de 16 de octubre (RJ 4082); 1523/2018, de 22 de octubre (RJ 4599); y 1531/2018, de 23 de octubre (RJ 4618), dictadas por la Sección Segunda de la Sala 3.^a (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 3.^a ha dictado tres sentencias de Pleno (sentencias 1669/2018, RJ 5195; 1670/2018, RJ 5092; y 1671/2018, RJ 5093) 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 3.^a. 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.

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.



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 varias ocasiones sobre el particular. La STS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5714) 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 (RJ 1241 y 966, respectivamente), 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 1.^a decide seguir la doctrina clásica de la Sala 3.^a, 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”.

Como puede apreciarse, las Salas 1.^a y 3.^a 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 el RD-ley 17/2018, de 8 de noviembre, 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.

En consecuencia, para los préstamos hipotecarios celebrados tras el RD-ley 17/2018, la cuestión está clara. Pero para los celebrados con anterioridad las dudas subsisten, dada la confusa redacción del art. 29 TRLTPyAJD.



Un adecuado tratamiento de esta materia implica admitir que la celebración de un préstamo hipotecario en un documento notarial está sometida a dos figuras diferentes de del IAJD.

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 a solicitud del prestamista o 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 3.^a 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 (es el concepto denominado “timbre”). Y después será el notario el que “liquide” con la Hacienda correspondiente.

3. Las dos SSTS (Sala 1ª) de Pleno de 15 de marzo de 2018

Las sentencias de Pleno de la Sala 3.ª 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 3.º, ap. 3).

Ante el silencio de la Sala 3.ª del TS, no deja de ser curioso que sea la Sala 1.ª 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 5.º, 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 5.º, 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 1.^a 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 el sujeto pasivo es el prestatario, salvo que exista un pacto para distribuir los gastos notariales, en cuyo caso serán sujetos pasivos prestamista y prestatario, por mitad.

En relación con el timbre de la matriz, la argumentación utilizada por la Sala 1.^a es inadecuada. De hecho, el tercer párrafo del FJ 6.º, apartado 6, es de difícil comprensión. En un primer momento, el TS afirma que el abono del 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 tendrían que costear 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 6.^a 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. En concreto, en el punto 2.º (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 5.º, apartados 5 y 6. Por otra parte, en cuanto al IAJD por el timbre de la matriz, repite el argumento del FJ 5.º, 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.

Conforme a la doctrina expuesta, es abusiva la cláusula que impone al prestatario el pago del IAJD. Y lo es porque se obliga al prestatario a soportar todo el IAJD, cuando según el Tribunal Supremo parte de este impuesto debe abonarlo el prestamista. Por esa razón, tras la nulidad de la cláusula el prestatario tiene derecho a solicitar la devolución de aquellas cantidades que abonó y que no estaba obligado a abonar. El prestatario no puede obtener la devolución de la cuota variable del IAJD, pero sí de parte de la cuota fija: el timbre de las copias autorizadas que solicitó el prestamista, y quizás la mitad del timbre de la matriz, si se entiende que hay un pacto sobre los gastos notariales.

Es cierto que las cantidades que debería soportar el prestamista son de muy escasa cuantía, y que desde este punto de vista el desequilibrio económico que sufre el consumidor es muy leve. Pero ello no impide calificar a la cláusula como abusiva. La STJUE de 16 de enero de 2014 (asunto C-226/13) ha establecido que el “desequilibrio importante” al que alude la Directiva 93/13/CE no requiere que los costes económicos puestos a cargo del consumidor por esa cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para él en relación con el importe de la operación de que se trata, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave en la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra. En consecuencia, el desequilibrio ha de ser jurídico, y no económico. Y en el caso que nos ocupa el desequilibrio jurídico es indudable.



La doctrina sentada en las SSTS de 15 de marzo de 2018 ha sido reiterada en otras sentencias posteriores. Así, tres SSTS de 23 de enero de 2019 (número 46, 48 y 49) reproducen literalmente el fallo de las mencionadas sentencias de 15 de marzo de 2018.

4. La STS 457/2020, de 24 de julio

En sentencias posteriores puede apreciarse una pequeña modificación. Así sucede en la STS 457/2020, de 24 de julio (RJ 2358). Tras exponer la doctrina de la STJUE de 16 de julio de 2020, y afirmar que esta STJUE confirma la previa doctrina del TS sobre distribución de gastos, establece que hay que analizar en cada caso a quién corresponde satisfacer el pago con arreglo a la legislación vigente. En lo que concierne al pago del IAJD, la sentencia declara, con cita de las sentencias de 15 de marzo de 2020, lo siguiente:

"En lo que afecta al pago de este 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 [...]. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

Y por ello concluye lo siguiente: *"Por tanto, de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, la declaración de nulidad de la cláusula quinta relativa a los gastos no podía conllevar la atribución de todos los derivados del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados al banco prestamista, pues, con las matizaciones examinadas, el principal sujeto pasivo obligado al pago de este tributo era el prestatario".*

Como puede apreciarse, en la letra c) anterior no se reproduce íntegramente el fallo de las SSTS de 15 de marzo de 2018. Se mantienen las frases primera y tercera, y la primera



parte de la segunda, pero se elimina el texto que comienza con “salvo en aquellos casos...”. Con ello se elimina la referencia a que el abono del timbre de la matriz deba distribuirse entre prestamista y prestatario, cuando exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Sin duda, la eliminación de esta alusión es positiva, porque, como ya se ha expuesto, no es correcto (ni se adecúa a la normativa fiscal) determinar el sujeto pasivo del IAJD de la matriz de la escritura en función de quién esté obligado a abonar los aranceles notariales.

Por otra parte, la STS de 24 de julio de 2020 se presenta como continuista en esta materia, pues reproduce la doctrina sentada en resoluciones anteriores. Pero en realidad supone una ruptura importante, ya que deja claro que el sujeto pasivo del IAJD relativo al timbre de la matriz es siempre el prestatario. Hubiera sido deseable que esta sentencia se hubiera expresado con claridad sobre esta materia, para dejar definitivamente zanjada esta cuestión.

La doctrina sentada en la STS de 24 de julio de 2020 se reproduce fielmente en otras posteriores, que copian de manera literal su argumentación. Así lo hacen, por ejemplo, las SSTS 456/2020, de 14 de septiembre (RJ 3228); 535/2020, de 15 de octubre (RJ 3788); 555/2020, de 26 de octubre (RJ 4140); 556/2020, de 26 de octubre (RJ 3840); 619/2020, de 17 de noviembre (RJ 4605); 626/2020, de 23 de noviembre (RJ 4692); 35/2021, de 27 de enero (RJ 83), y 42/2021, de 2 de febrero (RJ 238).

5. Conclusión y crítica

De lo expuesto resulta que la doctrina actual del Tribunal Supremo es que el IAJD lo debe abonar el prestatario, porque es el sujeto pasivo de ese impuesto (tanto en su cuota variable como en la cuota fija de la matriz). Pero hay una excepción: el sujeto pasivo del IAJD sobre las copias autorizadas que solicita el prestamista es el propio prestamista, por lo que él debe costearlo.

Si partimos de esta doctrina, la solución a la que llega el Tribunal Supremo en las sentencias mencionadas es inadecuada. Si el sujeto pasivo del IAJD en lo relativo a la cuota fija de las copias que solicita el prestamista es el propio prestamista, tras la nulidad de la cláusula de gastos el tribunal tendría que haber condenado al prestamista a devolver el importe de ese timbre. Pues se trata de cantidades que abonó el prestatario y que, según la normativa aplicable, debería haber abonado el prestamista. Es llamativo que en ninguna de las sentencias analizadas haya una condena de este tipo.



Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS de 14 de septiembre de 2020, la Audiencia Provincial había condenado a la entidad de crédito a abonar al prestatario el importe íntegro del IAJD. La entidad bancaria interpone recurso de casación, que es estimado. Señala el Tribunal Supremo que “la estimación del recurso de casación determina la modificación de la sentencia recurrida en el único extremo de dejar sin efecto la condena a la entidad demandada al pago del importe correspondiente al impuesto de actos jurídicos documentados” (FJ 2º, último párrafo). No puedo compartir esta solución. El prestatario no tiene derecho a recuperar todas las cantidades abonadas en concepto de IAJD, pero sí las que se refieren al IAJD sobre las copias notariales que solicita la entidad de crédito. Esas cantidades vienen reflejadas en la factura notarial, y en ocasiones no son fáciles de determinar. Porque es habitual que en la factura notarial se cuantifiquen en una única cifra el timbre de la matriz y el de las copias. Y de toda esa cifra el prestamista debe soportar únicamente el timbre de las copias que él solicite, que son normalmente las copias autorizadas. En cualquier caso, y al margen de estos problemas de averiguación de qué cuantía del timbre es de la matriz y cuál de las copias, lo cierto es que la sentencia debería condenar al prestamista a devolver el importe del IAJD relativo al timbre de las copias solicitadas por el prestamista.

Repárese las importantes consecuencias jurídicas que esto provoca. Conforme a lo expuesto, es abusiva la cláusula incluida en el contrato de préstamo que impone el abono del impuesto de actos jurídicos documentados. No me refiere a la cláusula que hace una imposición genérica de cualquier tipo de gasto o impuesto, sino a la que alude específicamente al impuesto de actos jurídicos documentados. Esta cláusula también es abusiva, porque impone al prestatario el pago de un impuesto (el IAJD del timbre de las copias solicitadas por el prestamista) que, por ley, debe abonar el prestamista, como sujeto pasivo que es.