

4. DERECHO BANCARIO

Gastos e impuestos asociados a la constitución de préstamos hipotecarios a la luz de la STS de 23 de diciembre de 2015 y los ulteriores pronunciamientos de las Audiencias Provinciales. Especial referencia a los aranceles notariales, registrales, Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y gastos procesales

Expenses and taxes related to mortgage loans in the light of the judgment of the Supreme Court rendered on December 23th, 2015 and the subsequent case-law of Provincial Appellate Courts. Particular reference to Notary and Property Registry fees, Stamp Duty and costs associated with litigation

por

SERGIO AGUILAR LOBATO
Abogado

RESUMEN: En relación con los préstamos hipotecarios suscritos entre una entidad de crédito y un consumidor, la STS de 23 de diciembre de 2015 sostuvo que la cláusula en virtud de la cual se imputan al prestatario todos los gastos e impuestos asociados al mencionado negocio jurídico podría constituir una estipulación abusiva, al ser contraria a ciertos artículos del Derecho de Consumo y Tributario. Teniendo en consideración que el precitado fallo puede constituir una nueva tendencia en el sector financiero, el presente estudio doctrinal se centra en las principales razones esgrimidas por el Alto Tribunal. Asimismo, se analiza la ulterior jurisprudencia que ha recaído sobre este asunto para aclarar si las Audiencias Provinciales están siguiendo el criterio establecido por el Tribunal Supremo.

ABSTRACT: In relation to mortgage loans signed between a bank and a consumer, the judgment of the Supreme Court rendered on December 23th, 2015 construed that a clause whereby all expenses and taxes arisen by the aforementioned contract are passed to the debtor could be abusive since it is against some articles of Consumer Law and Tax law. As the aforementioned judgment could constitute a landmark case in the financial sector, the present academic study is focused on the main arguments invoked by the Supreme Court. Additionally, the subsequent

case-law is analysed in order to determine if the Provincial Appellate Courts are following the approach provided by the Supreme Court.

PALABRAS CLAVE: Gastos e impuestos de hipoteca. Prestamista. Prestatario.

KEY WORDS: Expenses and taxes of a mortgage loan. Lender. Debtor.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. APROXIMACIÓN AL SUSTRATO FÁCTICO E ÍTER PROCESAL.—III. ARANCELES NOTARIALES Y REGISTRALES.—IV. IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS.—V. GASTOS PROCESALES, HONORARIOS DE ABOGADO Y ARANCELES DE PROCURADOR.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, un nuevo debate ha surgido en torno a la posible nulidad de una cláusula inserta en multitud de escrituras de préstamo hipotecario cuyos sujetos intervinientes eran entidades de crédito y consumidores. Dicha cláusula, omnicomprensiva en esencia, se caracteriza por hacer cargar al prestatario con todos los gastos dimanantes de dicho negocio jurídico. Pese a ser esta una cuestión ya tratada en nuestro ordenamiento, al haber abordado previamente el Tribunal Supremo asuntos de similar naturaleza¹, su último impulso ha venido provocado por un pronunciamiento del Alto Tribunal, constituido por la STS de 23 de diciembre de 2015, (en adelante, también referida como la «Sentencia»). Este fallo aporta una interpretación ciertamente novedosa en lo que atañe a los gastos e importes vinculados a la constitución de la escritura de préstamo hipotecario, al haber declarado abusiva la repercusión al prestatario de i) los aranceles notariales y registrales, ii) el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (en lo sucesivo, e indistintamente, también «IAJD»)² y iii) los gastos procesales y pre-procesales³, entre otros gastos relacionados con el mentado negocio jurídico, que se universalizaban en una misma cláusula cuyo contenido integral se expone en el presente estudio. Tanto es así, que podría afirmarse que dicho pronunciamiento ha constituido un nuevo hito jurisprudencial en la litigiosidad referida a las entidades de crédito y clientes bancarios⁴, y ello por una doble justificación. En primer lugar, por abrir un nuevo frente de reclamaciones en masa, cuyo impacto económico plantea todavía consecuencias inexploradas. En segundo lugar, por los efectos que conlleva haberse dictado por el Pleno del Tribunal Supremo⁵.

II. APROXIMACIÓN AL SUSTRATO FÁCTICO E ÍTER PROCESAL

Dado que todo análisis jurídico precisa de su correlativo supuesto de hecho previo sobre el que proceder a la subsunción de la norma aplicable, se expondrá en las siguientes líneas una descripción sucinta, pero ilustrativa, del relato fáctico del que conoció la Sentencia.

Una conocida organización, dedicada a la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, ejercitó una acción colectiva cuyo objetivo principal era la declaración de abusividad de ciertas cláusulas insertadas en hasta cinco tipos de contratos ofrecidos por dos entidades de crédito⁶. Entre las cláusulas impugnadas, se reproducirá a continuación una que presenta particular interés a los efectos del presente estudio, por referirse a los gastos vinculados al préstamo hipotecario. Parte de su contenido era el siguiente: «*Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación —incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía— y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes [...]»⁷. Tras el escrito alegatorio de contestación por parte de las demandadas⁸, y los correspondientes trámites procesales, el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid, en su Sentencia de fecha 8 de septiembre de 2011 estimó parcialmente la demanda⁹. Empero, dicho pronunciamiento fue objeto de recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de todas las partes. El recurso de apelación fue resuelto por la SAP de Madrid, Sec. 28.^a, de 26 de julio de 2013, estimando parcialmente las pretensiones de la demandante y del Ministerio Fiscal, y desestimando en su integridad los recursos planteados por las entidades crediticias demandadas. Ante esta última resolución, las codemandadas interpusieron, respectivamente, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

III. ARANCELES NOTARIALES Y REGISTRALES

Como preludio a este apartado, se hace necesario advertir que los gastos analizados son aquellos en los que se incurre en virtud de la escritura de constitución del préstamo hipotecario y su posterior inscripción, quedando desplazados de este estudio los pertenecientes al negocio jurídico que tiene como objeto la escritura de mera compraventa¹⁰.

El Alto Tribunal analiza la cuestión que encabeza el presente epígrafe en su Fundamento Jurídico quinto g), titulado «*Séptimo motivo (cláusula de gastos del préstamo hipotecario)*». Parte, al realizar su labor exegética, de los artículos que regulan la atribución de dichos gastos en la normativa sectorial aplicable a los Notarios y Registradores, apoyándose a continuación, preferentemente, en lo previsto por el artículo 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGCU). El mandato contenido en dicho precepto no hace sino consagrar la abusividad de, entre otras cláusulas, aquellas estipulaciones que hagan cargar al consumidor con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario.

Teniendo en consideración la precitada previsión legal, surge la inevitable cuestión acerca de a quién atribuye la normativa sectorial el pago de los gastos notariales y registrales ocasionados por la escritura de constitución del préstamo garantizado con hipoteca. Concretamente, conviene preguntarse si, efectivamente, es o no el empresario quien debe asumir los gastos a los que se refiere la legislación tutiva de los intereses de los consumidores en el referido artículo 89.3, en orden a determinar o descartar el potencial carácter abusivo de la cláusula litigiosa¹¹.

En lo atinente a los gastos notariales, para determinar qué sujeto de derecho debe asumirlos, ha de acudirse a lo patentado por el artículo 63 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (RN), en cuya virtud: «*la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios*». Otro precepto de naturaleza complementaria al anterior, y al que expresamente se remite este último, se halla en el Anexo II, norma general sexta, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (RDAN), según el cual «*la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente*».

Sobre los gastos registrales y su positivización, debe consultarse el artículo 19 bis 6.^a del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (LH), que se pronuncia del siguiente modo: «*los derechos arancelarios se abonarán por el interesado a cada Registrador en su parte correspondiente*». Comoquiera que dicho artículo presenta cierta ambivalencia, profundizando más en la materia, puede hallarse el desarrollo normativo de este precepto, representado por la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad (RDAR). Dicho texto establece lo siguiente: «*los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho [...]*».

A modo de conclusión, del contenido establecido por la referida normativa sectorial puede inferirse que los mentados preceptos parecen imputar los aranceles notariales y registrales al solicitante (RN y RDAN) o interesado (LH y RDAR), determinándolo como sujeto obligado a abonarlos. Se echa en falta una mayor precisión, o un contenido más sencillo, que atribuyera expresamente al prestamista o al prestatario, su imputación. Un déficit que, de *lege ferenda*, debería ser subsanado en pos de garantizar una mayor seguridad jurídica en nuestro sistema hipotecario. Por ello, en esta zona gris en la que se posiciona el ordenamiento, surge un interrogante al que se adivina una solución que dista mucho de ser pacífica, al existir una doble interpretación hermenéutica en cuanto al tenor literal de los mismos. Así, en relación a ese debate acerca de quién solicita o está interesado en la constitución de la garantía hipotecaria, es decir, quién es el sujeto deudor de los gastos, destaca la presencia de dos corrientes antagonistas.

La primera de ellas, de carácter formalista, conllevaría la imputación de los aranceles notariales y registrales al prestatario, y propone los siguientes argumentos para refrendar tal postura:

- Es el cliente bancario el protagonista del primer trámite del proceso de concesión del préstamo que finaliza con la constitución de la garantía hipotecaria y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad. Este argumento se refuerza, y halla su máximo exponente, en supuestos como la solicitud de ampliación de hipoteca, donde se puede apreciar con mayor nitidez la iniciativa del prestatario¹².
- También se ha intentado alegar el interés del prestatario en proceder a la constitución del préstamo hipotecario, como una vía de acceder al crédito para financiar la compraventa que subyace a dicho negocio. De esta forma, se justificaría el desplazamiento por parte de la entidad de crédito al

deudor de dichas obligaciones al ser, de acuerdo al concepto utilizado por la legislación sectorial, el verdadero interesado.

- A su vez se ha argumentado que el acreedor hipotecario, al solicitar los servicios del Notario, actúa en calidad de mandatario del prestatario, quien sería, a la sazón, el verdadero interesado en la concesión del préstamo¹³.
- Otra fundamentación contraria a cargar al prestamista con la totalidad de los aranceles analizados sería, en algunos casos, la falta de un destinatario claro en las facturas asociadas a dichos gastos.
- Asimismo, en algún procedimiento judicial se ha sostenido por parte del órgano *ad quem* que la aquiescencia prolongada del prestatario a la inicial atribución de dichos gastos, así como a su posterior pago y la nula objeción a esta circunstancia durante un largo periodo de tiempo, podría impedir prosperar cualquier acción en reclamación de los aranceles notariales y registrales, tal y como sugiere la SAP de Asturias, Sec. 6.^a, de 25 de noviembre de 2016.

La segunda interpretación, de naturaleza finalista o teleológica, sostiene que deberá ser el acreedor hipotecario quien asuma los gastos arancelarios, basándose en los siguientes argumentos:

- Es el prestatario quien exige la constitución de la escritura pública, dado que una mera operación de préstamo no precisa tal formalidad¹⁴. Y tampoco necesita acceder al Registro de la Propiedad¹⁵.
- Es el acreedor quien reclama la intervención del Notario, llegando en ocasiones incluso a enviar la minuta que dará forma a la ulterior escritura¹⁶.

Analizadas ambas corrientes, ha de concluirse que el Alto Tribunal, en la Sentencia, atribuye el pago de estas obligaciones al prestatario. Pese a no ser ajeno al hecho de que el principal beneficiado por la celebración del préstamo sería el cliente bancario, considera que la garantía hipotecaria, a la sazón, un negocio jurídico distinto, se adopta en beneficio del prestatario. Y fundamenta su criterio en el especial interés que el acreedor mantiene en la constitución de la hipoteca, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, y casi principalmente, porque dicha obligación de garantía otorga al banco título ejecutivo *ex artículo 517 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)*. Por lo anterior, la entidad de crédito sería, en el contexto de la normativa sectorial analizada anteriormente, la parte interesada¹⁷.
- En segundo lugar, y al hilo de lo anterior, el prestatario obtendría y adquiriría a su vez la posibilidad de ejecución especial prevista en el artículo 685 del citado texto.
- Otro argumento que destaca el Tribunal Supremo es la utilidad que supone para la entidad de crédito-acredora el hecho de documentar e inscribir el precitado negocio jurídico, lo que le sirve para constituir garantía real a la luz del mandato contenido en los artículos 2.2 de la LH y del artículo 1875 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante el Código Civil).

A la postura esgrimida por la Sentencia también podrían adicionarse, como fundamentos accesorios a sus postulados, otra serie de ventajas que adquiere el acreedor. Así, este se vería beneficiado de los privilegios connaturales al principio

prior tempore, potior iure, brocardo consagrado en el artículo 25 LH, y que constituye uno de los principios sobre los que descansa nuestro Derecho Registral. Por otra parte, la entidad de crédito se vería beneficiada por la generación de negocio que le supone cada formalización de un préstamo hipotecario, circunstancia que viene determinada por la íntima conexión que supone la formalización de operaciones de activo en las cuentas de resultado de las entidades de crédito, al ser tradicionalmente estas uno de los pilares sobre los que se ha asentado su actividad.

Teniendo en cuenta las anteriores conclusiones, que confieren al prestamista el papel de sujeto obligado a pagar los gastos asociados a los aranceles notariales y registrales, cabe preguntarse qué consecuencia debe imponerse a la cláusula litigiosa de referencia. Para dar una respuesta a este interrogante, habrá que acudir a lo dispuesto por el TRLGCU, texto que declara abusiva cualquier estipulación contractual que reúna las notas de la cláusula tratada en el presente estudio, lo que determinaría su expulsión del contrato. El Alto Tribunal plantea los siguientes argumentos para llegar a tal conclusión:

- En primer lugar, y con carácter preferente, se ampara en el catálogo de cláusulas consideradas abusivas por el TRLGCU, citando expresamente el artículo 89.2, si bien parece que se está refiriendo también al punto inmediatamente posterior, es decir, al artículo 89.3, que llega a nombrar al inicio de su disertación, y que parecería más adecuado en el ejercicio de subsumir la estipulación litigiosa con la norma jurídica: este último precepto, determina la abusividad de la cláusula que imponga al consumidor los gastos de documentación y tramitación que, por ley, correspondan al empresario. Más concretamente, el artículo 89.3 TRLGCU, establece en varios de sus apartados unos supuestos específicos de abusividad. Así, en su apartado a), señala como abusiva la cláusula que imponga al consumidor el pago de los gastos derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, deban ser abonados por el empresario¹⁸.
- En segundo lugar, también sostiene la Sentencia que este tipo de cláusulas no permite una mínima reciprocidad a la hora de afrontar dichos gastos. Por el contrario, al hacer recaer la totalidad de los mismos sobre el prestatario, se está ocasionando un desequilibrio relevante, postura que ha sido íntegramente refrendada por, entre otras resoluciones, el AAP de Tarragona, Sec. 1.^a, de 1 de junio de 2016 o las SSAP de Málaga, Sec. 6.^a, de 5 de julio de 2016 y de Huelva, Sec. 2.^a, de 21 de noviembre de 2016¹⁹.

En relación al enfoque esgrimido por la jurisprudencia menor tras la publicación del fallo, parece casi unánime el acogimiento de la tesis del Alto Tribunal, siendo la mayoría de pronunciamientos epítomes de la Sentencia, al menos en esta cuestión. Así, respecto a nuestras Audiencias Provinciales, cabe citar, entre otras muchas, las SSAP de La Rioja, Sec. 1.^a, de 16 de junio de 2016, de Bilbao, Sec. 3.^a, de 19 de octubre de 2016 y de Huelva, Sec. 2.^a, de 21 de noviembre de 2016. Los Juzgados de Primera Instancia también se han mostrado favorables a seguir este criterio, sirviendo, a modo de ejemplo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 87 de Madrid, de 1 de octubre de 2015, la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vitoria, de 31 de marzo de 2016 y la del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Granollers, de 21 de diciembre de 2016.

Ello no obstante, algunas excepciones han surgido, como por ejemplo el AAP de Castellón, Sec. 3.^a, de 27 de mayo de 2015. Empero, debe advertirse que, res-

pecto a esta última resolución, fue dictada i) con carácter previo a la Sentencia y ii) en el seno de un procedimiento ejecutivo, cauce procesal por el que no era posible, por la propia naturaleza de dicho procedimiento, un pronunciamiento favorable a reconocer la abusividad de la cláusula relativa a los gastos analizados en este epígrafe.

Para finalizar el apartado concerniente a los gastos notariales y registrales, debe hacerse una breve reflexión acerca de la declaración efectuada por la Sentencia: el pronunciamiento parece abrir la puerta a una eventual posibilidad de que las partes intervenientes en un contrato de préstamo hipotecario acuerden una distribución de los gastos tratados, siempre que sea equitativa, tal y como permite la normativa reglamentaria y siempre que tal transacción esté revestida de una mínima reciprocidad²⁰.

IV. IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

La cláusula litigiosa de referencia, además de los gastos arancelarios ya estudiados, repercutía también en el cliente bancario-consumidor todos los tributos relacionados con el negocio jurídico de referencia. La Sentencia estima que la prestamista debe soportar el pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados²¹ al ser el sujeto pasivo de tal impuesto²².

Antes de analizar el criterio expuesto por la Sentencia, y las corrientes opuestas y favorables a dicho enfoque, surge la necesidad perentoria de determinar quién es el sujeto pasivo del IAJD según la normativa tributaria. El marco regulatorio al respecto lo constituye preferentemente el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en lo sucesivo, el Texto Refundido), en especial en sus artículos 27 a 44. Es su artículo 29 el que prevé como sujeto pasivo del tributo al i) adquirente del bien o derecho, si bien, en su defecto, establece que será ii) quien inste o solicite los documentos notariales, o iii) aquellos en cuyo interés se expidan. Por si este artículo no fuera suficientemente ambiguo, la norma que desarrolla el Texto Refundido no contribuye a aclarar la situación, regulando el referido impuesto en sus artículos 66 a 87. Así, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, el Reglamento), prevé lo siguiente: «será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario». A decir verdad, es esta última previsión la auténtica razón de ser de toda la controversia que se explica a continuación, y que ha motivado el surgimiento de dos posturas divergentes en la determinación del sujeto pasivo del IAJD en los préstamos hipotecarios²³.

La primera de ellas defiende que debe hacerse cargo del IAJD el prestamista. Los argumentos más relevantes han surgido de la mano de AGÜERO ORTIZ y CASERO BARRÓN, y pueden ser resumidos en los siguientes puntos:

- En lo atinente al hecho imponible gravado por el IAJD, se ha sostenido que, en la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria, estaría representado por la emisión de la primera copia de la escritura pública de dicha transacción, de la que es destinatario el prestamista. Considerando

lo previsto por el artículo 28 del Texto Refundido, que patenta la sujeción al IAJD de las escrituras, actas y testimonios notariales de toda clase, recuérdese, que, según el artículo 221 del RN, son escrituras públicas i) la matriz y ii) las copias de las mismas expedidas con las formalidades de derecho, considerándose también las copias de pólizas incorporadas al protocolo. No se hace mención a la copia simple, que es la que recibe el prestatario, por lo que no habría lugar, según esta tesis, a considerar a dicha parte interviniente en el préstamo hipotecario como sujeto pasivo del IAJD. Esta premisa debe conectarse con el artículo 31.2 del Texto Refundido²⁴ y con el artículo 29 de la misma norma, puesto que, como apuntaba anteriormente, la parte que recibe dicha primera copia, y que tiene interés en su obtención, sería el prestamista. De hecho, una vez se constituye el préstamo garantizado, es el derecho real de garantía (y no la obligación principal), lo que se inscribe en el Registro de la Propiedad²⁵.

- Respecto a la base imponible del tributo de referencia, se ha argumentado que esta está compuesta no solo por el principal prestado, sino por la suma que representa, además de dicho capital, el valor de los intereses, costas y demás indemnizaciones que conforman la garantía hipotecaria que accede al Registro. A esta conclusión se llega tras analizar la primera de las reglas especiales del artículo 30 del Texto Refundido, regulador de la base imponible²⁶. Una tesis reforzada por el criterio emitido por la Consulta de la Dirección General de Tributos de 13 de diciembre de 1999²⁷. Ante la referida constatación, ciertas voces de la doctrina, como AGÜERO ORTIZ, han disertado acerca de la posible inconstitucionalidad²⁸ del tributo por no ajustarse al mandato del artículo 31.1 Constitución Española, al no responder a la capacidad económica del contribuyente-prestatario²⁹. Un criterio que no se aleja del planteamiento esbozado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sus Autos de 22 de septiembre de 2003 y de 28 de junio de 2004, en los que acordó elevar al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad relativa al artículo 29 del Texto Refundido, en relación con, entre otros, el segundo párrafo del artículo 68 del Reglamento, alegando que podría contravenir varios artículos de la Carta Magna, entre los que se hallaba el artículo 31.1 CE, por la presunta vulneración del principio de capacidad económica. Enfoque que, sin embargo, se ha descartado por el Tribunal Constitucional, como más adelante se verá³⁰.
- Otro criterio sería el que alega que el contenido del artículo 68 del Reglamento podría estar incurriendo en una extralimitación de lo patentado por el artículo 29 del Texto Refundido, motivada en el hecho de que en los préstamos hipotecarios no existe adquisición alguna por parte del prestatario³¹. Argumento que podría sostenerse si se pone en relación con el primero de los puntos aquí destacados, es decir, si se argumenta que es la emisión de la primera copia de la escritura pública el verdadero hecho gravado por el IAJD en la constitución de un préstamo hipotecario³².

Expuestos los precedentes argumentos, se hace necesario advertir que la propia legislación tributaria parece albergar una solución poco predisposta a ulteriores matices, si nos atenemos al tenor literal de la misma. A decir verdad, puede admitirse que, de una lectura del Texto Refundido, surge una decantación razonable a favor de considerar sujeto pasivo de dicho tributo al acreedor hipotecario. Empero, si se profundiza hasta la norma reglamentaria que desarrolla

el citado texto legal, surge un mandato contenido en el tan reiterado artículo 68 que parece disipar cualquier tonalidad gris en torno a su interpretación, al atribuir de forma expresa e inequívoca la condición de sujeto pasivo al prestatario³³. Esta previsión que realiza el Reglamento, al contrario de lo que sostienen las opiniones antes descritas, no parece que deba considerarse como una contradicción respecto al Texto Refundido. Más bien al contrario, podría constituir una aclaración que se realiza a un supuesto de hecho tan específico como el apuntado. A mayor abundamiento, parece que la validez jurídica del artículo 68 está plenamente refrendada por la constante jurisprudencia de la Sala Tercera del Alto Tribunal³⁴ que ha recaído sobre este asunto, cuyos argumentos van a recogerse en las próximas líneas.

- En primer lugar, las SSTS de 17 de noviembre de 2001³⁵, de 27 de marzo de 2006 y de 31 de octubre de 2006 precisan que el «derecho» al que se refiere el artículo 29 del Texto Refundido (cuando define al sujeto pasivo del IAJD como el adquirente del bien o «derecho»), es el propio préstamo que se refleja en el documento notarial. Esta circunstancia motivaría la consideración de que, efectivamente, el adquirente y, a la sazón, sujeto pasivo del IAJD, ha de ser el prestatario³⁶. Asimismo, la referida STS de 17 de noviembre de 2001 no es ajena al contenido del artículo 68 del Reglamento, otorgándole un *«indudable valor interpretativo»* a la hora de establecer al prestatario como sujeto pasivo del IAJD.
- Otro argumento que conferiría la condición de sujeto pasivo al prestatario sería la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, tesis secundada por las SSTS de 19 de noviembre de 2001³⁷, de 23 de noviembre de 2001, de 24 de junio de 2002 y de 14 de mayo de 2004. Aunque, en cuanto a la teoría de la unidad del hecho imponible, surgen ciertas dudas en lo que respecta a qué prevalece, si el préstamo o el negocio jurídico vinculado a la constitución de la garantía hipotecaria.
- También ha de tenerse en cuenta la línea argumental hilvanada por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 2002, desestimatorio de un recurso de alzada que solicitaba la declaración de nulidad de pleno derecho del artículo 68 del Reglamento. Establece el Acuerdo que, el mencionado precepto reglamentario, es conforme con el artículo 29 del Texto Refundido. Pero además, considera que, en los préstamos hipotecarios, se gravan conjuntamente i) el contrato de préstamo y ii) el de hipoteca. Considerando como sujeto pasivo de los mencionados negocios jurídicos al prestatario, concluye el Acuerdo, que *«cuando se grava por cualquier modalidad del IAJD una escritura que recoge un préstamo hipotecario, el sujeto pasivo es siempre el prestatario»*.
- Una interpretación muy bien construida es la que se recoge en la STS de 20 de enero de 2004. En dicho pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se abordan y se refutan los dogmas sobre los que se inspira la doctrina proclive a imputar el IAJD al prestamista por estimar que es el verdadero adquirente del derecho a los efectos del artículo 29 del Texto Refundido. El Alto Tribunal la contradice al argumentar que, en un préstamo hipotecario, quien protagoniza una adquisición es el prestatario, al ser quien recibe la cantidad prestada, quedando únicamente el acreedor garantizado con el derecho real de hipoteca³⁸. Este fallo también ataca el argumento que atribuía la condición de adquirente al acreedor, afirmando que en los negocios jurídicos consistentes en préstamos garantizados con

hipoteca, existen numerosos documentos notariales que se formalizan a instancia del prestatario, citando, como ejemplo, la cancelación parcial del préstamo, la extinción de la hipoteca y su correlativa acta, o el acta de subrogación en un préstamo hipotecario. Asimismo, para destruir la presunción de considerar adquirente al prestamista, se ha alegado por la doctrina tributarista el carácter accesorio de la garantía hipotecaria respecto a la obligación principal, constituida por el préstamo. Esta naturaleza de la hipoteca determinaría que lo que realmente se inscribe en el Registro es el préstamo. Por lo anterior, el adquirente descrito y considerado como sujeto pasivo del IAJD en el artículo 29 del Texto Refundido, sería el prestatario, que adquiere la suma económica representada por el préstamo, siendo además el precitado negocio jurídico lo que se inscribe. Este criterio ha sido defendido por la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 28 de abril de 2004, número 00/4122/2003.

- Finalmente, frente al argumento anteriormente referido acerca de la posible concurrencia del principio de capacidad económica consagrado en el artículo 31 de la Constitución por parte del artículo 68 del Reglamento, debe destacarse el ATC de 18 de enero de 2005, dictado por el Pleno³⁹, ante una cuestión planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En especial, ha de destacarse el concepto de «riqueza potencial» que pergeña el pronunciamiento, cuyo alcance puede servir de cauce para cuestionar esa posible vulneración del mencionado principio. Como decía, riqueza potencial debe entenderse como una manifestación de endeudamiento, lo que sería, a la sazón, una capacidad económica merecedora de ser gravada. Continúa el TC diciendo que aquel sujeto de derecho que ofrezca un bien como garantía de devolución de un préstamo, sería acreedor de una riqueza no ya potencial, sino real, que equivaldría al valor del bien sobre el que se asienta la obligación de garantía. Una interpretación similar es la que acoge el ATC de 24 de mayo de 2005. Por otra parte, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 2002 antes mencionado, afirma que su base, al estar constituida por la cuantía del acto que se documenta, estaría indisolublemente ligada a la capacidad económica del sujeto pasivo.

Una vez detalladas ambas posturas, se tratará ahora la tesis sugerida por la Sentencia, abordándose después su impacto en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

La Sentencia, lejos de ser prolífica en su argumentación en este aspecto, realiza una exégesis interpretativa en torno al Texto Refundido, sin entrar a valorar la norma reglamentaria que tanta división plantea. De este modo, tras realizar una breve referencia al contenido de los artículos 8 y 15.1 de dicho texto considera que, en virtud de sus artículos 27.1 y 28, 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».

Una vez expuesto lo anterior, considera el Alto Tribunal, apoyándose en la infrascrita decantación, que la entidad demandada carga indebidamente dicho tributo sobre la actora, trayendo a colación la declaración del artículo 89.3.c) TRLGCU, que prevé abusiva la cláusula que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario. Nótese, por ello, que la

verdadera causa invocada por la Sentencia para considerar abusiva esta cláusula, respecto a dicho tributo, es el desplazamiento desde la posición del empresario al consumidor de la referida obligación fiscal. Por ello, quedaría en este caso excluida la tesis del control de transparencia⁴⁰. Esta apreciación es ciertamente relevante, y ello porque de nada serviría una cláusula que, pese a cumplir con los requisitos anudados a las obligaciones de transparencia, repercutiera al consumidor el importe de este tributo, puesto que estaría contraviniendo el ya citado artículo 89.3.c) TRLGCU.

Tras la publicación de la Sentencia, puede afirmarse que su doctrina, en cuanto a quién debe asumir el IAJD, no ha gozado de una aceptación pacífica. Para ello, se expondrán los pronunciamientos más significativos de nuestras Audiencias Provinciales.

Comenzaré, en primer lugar, exponiendo la corriente jurisprudencial que se ha mostrado más favorable a acoger el hilo argumental elaborado por la Sentencia, destacando los siguientes pronunciamientos:

- SAP de Murcia, Sec. 4.^a, de 25 de febrero de 2016

«Con arreglo a estas bases legales el TS en la reciente Sentencia de 23 de diciembre de 2015 se enfrenta a una cláusula sobre gastos de tenor similar a la antes trascrita en un contrato de préstamo hipotecario, y sienta la siguiente doctrina, al proceder del Pleno [...]» (pasa a reproducir casi íntegramente los postulados de la Sentencia).

Este pronunciamiento sería uno de los más proclives, hasta la fecha, a acoger la tesis planteada en la Sentencia, no solo por hacer referencia al efecto de sentar doctrina por haberse dictado por el Pleno del Alto Tribunal, sino por continuar su argumentación citando el fundamento jurídico de la Sentencia, al que se remite íntegramente, alegando una identidad sustantiva entre la cláusula enjuiciada por la Audiencia Provincial de Murcia y la que se analiza en el presente estudio.

- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 7 de abril de 2016

«La entidad financiera no debía quedar 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 podría ser considerada, según los casos, sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. Consideramos además que se está ante normas que en relación a la distribución del pago del impuesto de actos jurídicos, tienen carácter imperativo, lo que determina la nulidad de cualesquiera pactos que en perjuicio del consumidor las contravengan».

Por lo tanto, razona la Sentencia que, al establecer la normativa sectorial que la prestamista es en todo caso sujeto pasivo de los referidos actos (i.e. constitución del derecho y, en todo caso, de las copias, actas y testimonios que interese), no procede su imputación al consumidor, al menos respecto a estos, por lo que, al vulnerarse la normativa de carácter imperativo, sería nula cualquier transacción en contrario. Nótese, empero, que la Sentencia cita únicamente como normativa aplicable el Texto Refundido, olvidándose por ello de la previsión reglamentaria

formada por el mentado artículo 68 del Reglamento. Aunque, al añadir la expresión «según los casos» cuando se refiere a la atribución del IAJD, parece abrir la puerta a no aplicar un criterio automático, por lo que cobrará relevancia la propia casuística jurisprudencial.

- AAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 5 de enero de 2017

«En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna [...] de tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante».

Nuevamente se hace una remisión íntegra al fundamento jurídico esgrimido por el Tribunal Supremo en la Sentencia, y pese a citarse numerosos artículos del Texto Refundido (arts. 8, 15, 27.1 y 28), el pronunciamiento no emite valoración acerca del artículo 68 del Reglamento. Por ello, y basándose únicamente en el Texto Refundido, considera nula la cláusula que atribuye el impuesto analizado al prestatario, amén de abusiva, aplicando el artículo 89.3 TRLGCU. En el mismo sentido se posiciona la SAP de Huelva, Sec. 2.^a, de 21 de noviembre de 2016.

- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 13 de febrero de 2017

«Creemos que el TS ha confirmado esta forma de ver las cosas en su Sentencia 705/2015, de 23 de diciembre al enfrentarse con una cláusula cuyo efecto era coincidente con las contenidas en los apartados 5.1.2 y 5.1.3 de la escritura que nos ocupa ahora, que imponía al prestatario la obligación de sufragar los gastos e impuestos ocasionados por razón del contrato y de su inscripción registral».

Esta Resolución, al igual que hiciera la SAP de Murcia, Sec. 4.^a, de 25 de febrero de 2016, anteriormente citada, acoge el criterio de la Sentencia por la indisoluble semejanza que guarda la cláusula impugnada en este procedimiento y la declarada abusiva por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

- SAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 4 de noviembre de 2016

«En cuanto a los tributos, la cláusula no dice que serán de cuenta del prestatario aquellos que por ley deba pagar por ser el sujeto pasivo del correspondiente impuesto, sino que le asigna genéricamente todos los que origine la escritura y su cancelación [...] La estipulación no admite otra interpretación que la que literalmente resulta de sus propios términos, con lo cual se incide de pleno en la abusividad que la norma prohíbe. Efectivamente, la operación está sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, cuyo sujeto pasivo es el adquirente, considerándose en este caso por tal al prestatario [...]».

Esta es una de las Sentencias más relevantes y ello porque, advirtiendo de la abusividad de la cláusula litigiosa, entra a valorar la plena vigencia del artículo 68 del Reglamento. Teniendo esto en consideración, el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Alicante da cuenta del contenido de una cláusula

que patenta una asignación genérica del pago de todos los impuestos generados por la constitución del préstamo hipotecario, incluso de aquellos a los que por ley, deba hacerse cargo la entidad de crédito prestamista. A la vista del descrito sustrato fáctico, la Audiencia Provincial admite que el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario *ex* artículo 68 del Reglamento, si bien advierte que la mentada cláusula está atribuyendo al prestatario no solamente el IAJD, sino la totalidad de los tributos que graven la operación, lo que determina, a juicio del órgano *ad quem*, el reproche de abusividad aludido⁴¹.

Por otra parte, existen Sentencias que se han mostrado refractarias a aceptar el criterio de la Sentencia. Como ahora se verá, este segundo cuerpo jurisprudencial quizás haya podido encontrar su razón de ser en el propio silencio que guarda la Sentencia respecto al artículo 68 del Reglamento. Deben ser destacados los siguientes pronunciamientos:

- SAP de Asturias, Sec. 6.^a, de 23 de noviembre de 2016

«En efecto, el gasto representado por el pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (doc. 3 de la demanda al f. 46 de los autos), se gira en este caso exclusivamente por el concepto de «ampliación de hipoteca» que, ya se ha razonado, lo fue a instancia de los propios actores [...] Es por ello claro que en este caso el pago del impuesto cuyo reintegro se postula, solo corresponde a los actores quedando por completo al margen la entidad financiera demandada, pues no se gira el mismo por la constitución de hipoteca que gravaba el inmueble que ya estaba inscrita cuando fue concedida a la promotora y en la que también se subrogaron los actores, ni por expedición de copias actas o testimonios, que pudiera haber solicitado la entidad financiera demandada, sino única y exclusivamente por la ampliación del préstamo interesada por estos últimos».

En este pronunciamiento, la Audiencia Provincial considera, para atribuir al prestatario el pago del IAJD, que el negocio jurídico que contiene la cláusula litigiosa no se trata de una constitución de hipoteca, sino de una ampliación, que además (y esto parece ser la verdadera razón que orienta el fallo), es una operación que se perfecciona a instancia del prestatario. Asimismo, en el cuerpo de la resolución se hace una mención expresa al artículo 68 del Reglamento.

- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 28 de marzo de 2017

«El artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados al determinar el contribuyente, dice que será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario. La norma desarrolla lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley del Impuesto [...]».

Esta es, hasta la fecha, la resolución que más claramente se posiciona en contra del criterio sostenido por el Tribunal Supremo, fundando su decisión en la previsión contenida en el artículo 68 del Reglamento, siendo esta norma la causa motivadora del fallo favorable a imputar el IAJD al prestatario. El argumento más relevante sería el tratamiento que esta Resolución hace del precepto reglamentario, al atribuirle el rol de desarrollar la previsión legal.

Como puede apreciarse, y dada la división existente en relación a la atribución del IAJD al prestamista o al prestatario, parece que va a ser necesario esperar a una aclaración de la Sala Primera del Tribunal Supremo, o bien a posteriores Sentencias que puedan arrojar más luz sobre este asunto. Algo, por otra parte, muy necesario, si se tiene en cuenta que el IAJD supone un elevado porcentaje del total de los gastos asociados a la constitución de un préstamo hipotecario.

V. GASTOS PROCESALES, HONORARIOS DE ABOGADO Y ARANCELES DE PROCURADOR

En este apartado, se distinguirá, la imputación al prestatario hipotecante de i) los gastos eminentemente procesales y ii) los gastos relativos a los potenciales honorarios devengados por abogados y procuradores.

Respecto a los gastos procesales, la Sentencia parte de la regulación vigente en la LEC, que establece un marco regulatorio según el tipo de procedimiento. Así, para los declarativos, sería de aplicación lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC, mientras que para los procedimientos ejecutivos, regirían los artículos 559 y 561 LEC. El Tribunal Supremo continúa su razonamiento reconociendo la plena validez del ya asentado principio del vencimiento objetivo, en cuanto a las costas. Al analizar su aplicación y distribución en el procedimiento ejecutivo, no es ajeno al hecho de que, si bien, como norma general, serán de cuenta del ejecutado, siempre que salga adelante el despacho de la ejecución, existen ocasiones en las que, por aplicación de la LEC, deben imputarse al ejecutante. Estos pueden ser los casos en los que existe un defecto procesal que no se ha subsanado (*v.gr.* el art. 559.2 LEC), cuando existe una oposición de fondo *ex artículo* 561.2 LEC o también si existe una estimación parcial, situación en la que cada parte asumirá las costas devengadas a su instancia.

Tras recordarse el régimen legal aplicable, la Sentencia recuerda que lo patentado por la legislación procesal es materia de orden público, por lo que no cabría pacto en contrario, siendo este nulo *ex artículo* 86 TRLGCU y 8 LCGC. Por si esto no fuera suficiente, el Alto Tribunal también aprecia cierto desequilibrio entre las partes, si bien parece ser la primera de las causas apuntadas la verdadera razón de fondo que determina la invalidez de este tipo de estipulaciones.

Menos prolífico es el contenido de la Sentencia en lo que respecta a los gastos imputados al hipotecante respecto a los honorarios de abogado y aranceles de procurador. Recuérdese que la cláusula impugnada obligaba a asumir al prestatario-consumidor, los honorarios de los profesionales jurídicos que intervendrían en un potencial procedimiento (i.e. abogado y procurador), «*aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales y extrajudiciales no fuera preceptiva*». Así, la Sentencia parece vincular la nulidad de tal cláusula cuando la intervención de dichos profesionales no sea preceptiva en el proceso, de acuerdo con la infrascrita estipulación. Un pacto que podría ser contrario a lo previsto por el artículo 32.5 LEC, precepto que excluye expresamente de las costas a pagar por la parte condenada a ello tanto los honorarios de los abogados como los aranceles del procurador, salvo determinados supuestos. Por ejemplo, i) cuando el tribunal aprecie temeridad en la conducta de la parte condenada a pagar las costas, ii) cuando el domicilio del litigante estuviera en lugar distinto a aquel en el que se hubiera tramitado el juicio, o iii) cuando se hubieran utilizado los servicios de dichos profesionales para actuaciones facultativas que pudiera haber tramitado la oficina judicial.

El Alto Tribunal determina que esta cláusula sería, por ello, contraria a dicho artículo (por lo que, aunque sea de modo implícito, estaría otra vez invocando el carácter de *ius cogens* o derecho necesario de la norma procesal, como ya hiciera al juzgar la nulidad de los gastos procesales⁴²), además de enfrentarse a lo previsto en el artículo 86 TRLGCU.

El contenido de la Sentencia en esta materia ha sido asimilado de forma pacífica por las distintas Audiencias Provinciales de nuestro país, sirviendo como muestra el AAP de Barcelona, Sec. 1.^a, de 23 de mayo de 2015, el AAP de Granada, Sec. 3.^a, de 30 de junio de 2016, o la SAP de Bilbao, Sec. 3.^a, de 19 de octubre de 2016⁴³. También ha desplegado su influencia en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, habiendo hallado pleno acogimiento a través de su Resolución de 10 de noviembre de 2016.

VI. CONCLUSIONES

I. De acuerdo con la Sentencia, la atribución de los aranceles notariales y registrales al consumidor es nula por dos motivos. En primer lugar, porque corresponden, por su propia naturaleza, al empresario. En segundo lugar, por la presencia de un desequilibrio relevante y la inexistencia de una mínima distribución equitativa entre ambas partes intervinientes.

II. La Sentencia también juzga nula la estipulación que haga soportar al prestatario consumidor el IAJD, al corresponder su pago al prestamista. Nótese, sin embargo, que esta afirmación es la que más división ha planteado en nuestra doctrina y jurisprudencia. Por ello, quizás sea prudente esperar a futuros pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo que contribuyan a aclarar o afirmar este criterio.

III. En cuanto a la previsión contractual que obligue al prestatario a abonar los gastos pre-procesales y procesales, también sería nula por un doble motivo. Respecto a las costas procesales, por contravenir lo patentado por la legislación procesal civil, y por extensión el carácter de *ius cogens* o derecho necesario de sus mandatos. Sobre los honorarios del abogado y los aranceles del procurador, el mismo criterio debe sostenerse, todo ello conjugado con los preceptos contenidos en la legislación tutiva de los intereses de los consumidores y usuarios, en especial su artículo 86.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2017). Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son solo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos). *Publicaciones Jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha.
- ALFONSO GALÁN, R. M. (2015). El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Tirant lo Blanch, Valencia.
- CASERO BARRÓN, R. (2004). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, sección 2, Sala de lo Contencioso Administrativo. Recurso 158/2002. (Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos fiscales notariales. Especial mención de quien es el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios, *Revista Quincenal Fiscal* núm. 20/2004, Aranzadi, 33-48.

- GIMÉNEZ ALCOVER, P. (2017). La pretendida abusividad de la cláusula de gastos en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria. *Revista de Derecho vLex* - núm. 153, de febrero de 2017.
- PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J. (2017). Confusión del Tribunal Supremo sobre el sujeto pasivo del AJD de préstamos hipotecarios. *Carta Tributaria*.
- ZEJALBO MARTÍN, J. (2017). El sujeto pasivo en Actos Jurídicos Documentados de los Préstamos Hipotecarios. *Notarios y Registradores*.

VIII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE, de 21 de marzo de 2013 (C-92/11)
- STJUE, de 30 de abril de 2014 (C-143/13)
- STJUE, de 26 de febrero de 2015 (C-143/13)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ATC de 18 de enero de 2005
- ATC de 24 de mayo de 2005

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 5 de marzo de 1991
- STS de 1 de junio de 2000
- STS de 24 de julio de 2002
- STS de 5 de marzo de 2009
- STS de 8 de junio de 2012
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 24 de marzo de 2015
- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- STS de 17 de noviembre de 2001
- STS de 19 de noviembre de 2001
- STS de 23 de noviembre de 2001
- STS de 24 de junio de 2002
- STS de 20 de enero de 2004
- STS de 14 de mayo de 2004
- STS de 27 de marzo de 2006
- STS de 20 de junio de 2006
- STS de 31 de octubre de 2006

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Auto de 22 de septiembre de 2003, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
- Auto de 28 de junio de 2004, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Cádiz, Sec. 5.^a, de 21 de noviembre de 2012
- SAP de Madrid, Sec. 28.^a, de 26 de julio de 2013
- SAP de Barcelona, Sec. 1.^a, de 4 de noviembre de 2013
- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 15 de abril de 2014
- AAP de Castellón, Sec. 3.^a, de 27 de mayo de 2015
- SAP de Madrid, Sec. 11.^a, de 14 de diciembre de 2015
- SAP de Murcia, Sec. 1.^a, de 29 de diciembre de 2015
- SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 2 de febrero de 2016
- AAP de Barcelona, Sec. 1.^a, de 23 de mayo de 2015
- SAP de Murcia, Sec. 4.^a, de 25 de febrero de 2016
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 7 de abril de 2016
- AAP de Granada, Sec. 3.^a, de 30 de junio de 2016
- SAP de Bilbao, Sec. 3.^a, de 19 de octubre de 2016
- AAP de Tarragona, Sec. 1.^a, de 1 de junio de 2016
- SAP de Málaga, Sec. 6.^a, de 5 de julio de 2016
- SAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 4 de noviembre de 2016
- SAP de Huelva, Sec. 2.^a, de 21 de noviembre de 2016
- SAP de Asturias, Sec. 6.^a, de 23 de noviembre de 2016
- SAP de Asturias, Sec. 6.^a, de 25 de noviembre de 2016
- AAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 5 de enero de 2017
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 13 de febrero de 2017
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 28 de marzo de 2017

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- SJM número 9 de Madrid de 8 de septiembre de 2011
- AJM número 9 de Madrid de 22 de septiembre de 2011

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI número 87 de Madrid, de 1 de octubre de 2015
- SJPI número 1 de Vitoria, de 31 de marzo de 2016
- SJPI número 6 de Granollers, de 21 de diciembre de 2016

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 2016

Dirección General de Tributos

- Consulta de la DGT de 13 de diciembre de 1999

TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

- Resolución del TEAC, de 28 de abril de 2004, número 00/4122/2003

NOTAS

¹ Cfr. las SSTS de 1 de junio de 2000, y de 24 de julio de 2002, así como la reiterada doctrina jurisprudencial elaborada por la Sala Tercera del Alto Tribunal desde hace décadas, cuyos pronunciamientos más relevantes serán referenciados a lo largo de este estudio.

² La imputación exclusiva al prestatario-consumidor de la totalidad de los gastos relativos a los aranceles de Notario y Registrador y del IAJD, parece haber sido declarada nula por interpretarse que estos, por su propia naturaleza, correspondían al prestamista, lo que determinaría, a la sazón, su posterior declaración de abusividad según lo establecido en el artículo 89.3.a) del TRLGCGU. Más adelante se abordará, con un mayor detalle, dicho asunto, toda vez que no existe unanimidad sobre a quién corresponde la atribución de ambos conceptos.

³ Este concepto, a diferencia de los señalados en los puntos i) y ii), parece ser nulo por conculcar derechosinderogables de los consumidores y usuarios.

⁴ Pese a la existencia de ciertos matices y tonalidades dentro de este amplio campo de conocimiento, dos eran, hasta ahora, los principales cuerpos jurisprudenciales referidos a la mentada conflictividad entre entidades de crédito y clientes bancarios. En primer lugar, i) el relativo a la contratación de productos financieros complejos, elaborado a través de la doctrina del error vicio del consentimiento (como puede verse en las SSAP de Madrid, Sec. 11.^a, de 14 de diciembre de 2015, de Murcia, Sec. 1.^a, de 29 de diciembre de 2015, y de Asturias, Sec. 5.^a, de 2 de febrero de 2016, entre otras muchas —aunque en alguna ocasión, sobre todo durante la génesis de dicha doctrina jurisprudencial, se ha estimado la nulidad radical del negocio jurídico suscrito por vulneración de la normativa imperativa, como interpretaron las SSAP de Cádiz, Sec. 5.^a, de 21 de noviembre de 2012, de Barcelona, Sec. 1.^a, de 4 de noviembre de 2013, y de Lugo, Sec. 1.^a, de 15 de abril de 2014—), y por otro lado, ii) el referido a las condiciones generales de la contratación y la abusividad planteada por el Tribunal Supremo, cuyo fundamento se podía hallar en los controles de incorporación y transparencia alumbrados por las SSTS de 8 de junio de 2012, de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 24 de marzo de 2015, de 25 de marzo de 2015 y de 23 de diciembre de 2015, entre otras. El tercer cuerpo jurisprudencial va a desarrollarse en los próximos tiempos, y tiene como denominador común determinados gastos incurridos en la formalización del préstamo hipotecario, cuyos argumentos más relevantes se exponen a continuación.

⁵ Una reflexión acerca del verdadero alcance de la previsión contenida en el artículo 1.6 del Código Civil respecto a la jurisprudencia, puede sugerir criterios dispares sobre cuándo una Sentencia emitida por el Tribunal Supremo puede considerarse como doctrina jurisprudencial. En cuanto al pronunciamiento que constituye el objeto del presente estudio, para defenderse la no vinculación de los órganos jurisdiccionales de primera instancia y apelación a la Sentencia, puede sostenerse, tal y como ha afirmado la Sala 1.^a del Alto Tribunal en la STS de 5 de marzo de 1991, que «*el juzgador de instancia solo viene obligado a fundamentar sus resoluciones en la ley, pudiendo o no acoger la doctrina de esta Sala, ya se haya manifestado en una o varias resoluciones*». Asimismo, es cierto que, de una interpretación literal del artículo 1.6 del Código Civil, texto que establece que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo, parece inferirse el requisito de más de una Sentencia para interpretar

como doctrina jurisprudencial una determinada corriente o exégesis interpretativa. Pero, por otro lado, nótense que la cuestión no es tan sencilla como a primera vista pudiera parecer. Y ello porque son varios los motivos que apoyarían la posible sujeción de los demás tribunales civiles a la tesis sugerida por la Sentencia. En primer lugar porque, con motivo de la reforma de, entre otros, los artículos reguladores del recurso de casación contenidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal el Alto Tribunal, el Alto Tribunal se posicionó al respecto. Así, procedió a la adopción del Acuerdo de la Sala Primera sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. El Acuerdo reflejaba, en uno de sus puntos, que tratándose de Sentencias del Pleno de la Sala Primera del TS o de Sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, sería suficiente la cita de una sola Sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no existiera ninguna Sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido. En segundo lugar, porque según la STS de 5 de marzo de 2009, «*sin perjuicio de dejar señalado que una sola Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (sea o no del Pleno de dicha Sala) puede tener valor vinculante como doctrina jurisprudencial [...] cuando con la motivación adecuada se cambia la jurisprudencia anterior (por muy reiterada que sea esta) y fija la nueva doctrina, pues en otro caso resultaría un sinsentido y contrario a la naturaleza de las cosas que se cambiara la jurisprudencia para un caso y sin embargo continuara siendo obligatoria la anterior modificada en tanto no se dictara por el propio TS una segunda Sentencia*». De todo ello, cabría preguntarse si la STS de 23 de diciembre de 2015 constituye, *per se*, una nueva tendencia jurisprudencial o, por el contrario, habrá de ser reprendida por ulteriores pronunciamientos en el mismo sentido.

⁶ Aunque el suplico de su demanda era más amplio: se solicitaba i) la declaración del carácter abusivo, y por ello, la nulidad de las cláusulas impugnadas, ii) la orden de cesación en la utilización de estas, iii) la publicación total o parcial de la Sentencia finalmente pronunciada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia, iv) la inscripción de la resolución judicial en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y v) la condena en costas a las demandadas.

⁷ Su contenido íntegro era el siguiente: «*Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación—including división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía—y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11.^a. La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula. Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por este con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca. La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aún cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva. El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeu-*

dadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que este las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6.^a, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gatos y costas en la cláusula 9.^a».

⁸ Una de las entidades de crédito invocó las excepciones procesales de indebida acumulación subjetiva y objetiva de acciones, inadecuación de procedimiento y cosa juzgada mientras que su litisconsorte alegó indebida acumulación subjetiva y objetiva. Todas ellas fueron ya desestimadas por el juez *a quo*.

⁹ Aunque fue objeto de rectificación por Auto de fecha 22 de septiembre de 2011.

¹⁰ Los gastos devengados a raíz de la escritura de compraventa deben repercutirse al vendedor, de acuerdo con el artículo 1455 del Código Civil. Nótese, sin embargo, el carácter dispositivo del precepto aludido, y ello porque admite pacto en contrario, por lo que nada obstaría a la asunción de los gastos referentes al otorgamiento de la escritura de compraventa por el adquirente si esa fuera la voluntad de las partes, reflejada en el marco de su correlativa negociación. Aunque la fórmula patentada por el artículo 1455 del Código Civil presenta alteraciones en algunas normas de Derecho Foral, como puede ser el Derecho Civil catalán, que imputa dichos gastos al adquirente, *ex artículo 531.6 del Código Civil catalán*.

¹¹ Si la respuesta fuera negativa, no cabría invocar su nulidad con motivo de la abusividad sancionada por el artículo 89.3 TRLCU. A su vez, quedaría cerrada la posibilidad de invocar la nulidad de la cláusula por vulnerar la normativa imperativa, es decir, por no ser acorde con disposiciones de *ius cogens* o derecho necesario.

¹² *Vid.* ZEJALBO MARTÍN, J. (2017) El sujeto pasivo en Actos Jurídicos Documentados de los Préstamos Hipotecarios. *Notarios y Registradores*, contenido disponible en el siguiente enlace: <http://www.notariossyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/el-sujeto-pasivo-en-ajd-de-los-préstamos-hipotecarios/>

¹³ Cfr. GIMÉNEZ ALCOVER, P. (2017) La pretendida abusividad de la cláusula de gastos en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria. *Revista de Derecho vLex* - Núm. 153, de febrero de 2017.

¹⁴ Recuérdese, en este caso, que el Notariado es un órgano de jurisdicción voluntaria, tal y como establece el artículo 3 del RN, por lo que precisa de la iniciativa de la parte interesada para intervenir.

¹⁵ Cfr. AGÜERO ORTIZ, A. (2017). Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son solo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos). *Publicaciones Jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, 7.

¹⁶ Cfr. La explicación aportada por el Consejo General del Notariado en su página web, donde llega a afirmar expresamente este extremo en su apartado denominado «Hipotecas y préstamos», concretamente en su número 2.3, donde expone lo siguiente: *El prestatario deudor puede pedir que se le deje tiempo para leer la escritura y, a continuación, el propio notario leerá y explicará el contenido del préstamo hipotecario. El contrato, que redacta el notario según la minuta presentada por el banco, suele ser largo, pero es importante prestar la máxima atención, y hacer al notario todas las preguntas que se deseen*. Puede consultarse en: <http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/acude-a-tu-notario/en-que-te-puede-ser-util/hipotecas-y-préstamos>

¹⁷ Efectivamente, el prestamista es el perceptor de la primera copia de la escritura pública, referenciada en el artículo 517.2.4 LEC como título habilitante para ostentar la acción ejecutiva referida en el artículo 517.1 del citado texto.

¹⁸ Dejando este punto resuelto, y partiendo de la tesis sugerida por el Alto Tribunal, que conllevaría considerar al prestamista como sujeto obligado a satisfacer los gastos analizados, hay un aspecto adicional a tratar en relación a los gastos notariales y registrales, que precisamente constituyó parte del recurso de casación. Para ello, ha de partirse del ámbito material del apartado a) del artículo 89.3 TRLCU. Ciertamente, su contenido parece circunscribirse únicamente a negocios jurídicos circunscritos a la compraventa de viviendas. No en vano, el Alto Tribunal ya había pergeñado la argumentación analizada en la STS de 1 de junio de 2000, si bien en un supuesto de hecho no plenamente coincidente con el enjuiciado por la Sentencia. Por este motivo, esta razona que la tesis tratada es perfectamente trasladable a

un negocio jurídico que, pese a no ser una compraventa, sí está dedicado a la financiación para la adquisición de una vivienda.

¹⁹ Esta Sentencia, al igual que la STS de 23 de diciembre de 2015, defiende que el desequilibrio se causa al no existir una negociación individualizada, lo que hace presumir que el prestatario no hubiera aceptado la cláusula mediante la cual el banco le desplaza la totalidad de los gastos, añadiendo que la cláusula litigiosa aparece, a mayor abundamiento, en el catálogo de aquellas que la ley prevé como abusivas en el artículo 89.2 TRLGCU.

²⁰ La Sentencia, en relación a esta posibilidad, se pronuncia del siguiente modo: *En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, [...] a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista.*

²¹ Este impuesto, cuyo antecedente sería el ya derogado Impuesto sobre el Timbre del Estado, grava determinados actos jurídicos de muy variada tipología, pero con un sustrato común, constituido por su formalización documental, de ahí que el Texto Refundido distinga los documentos notariales, mercantiles y administrativos.

²² Respecto a los actos gravados téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que prevé como sujeto pasivo al adquirente del bien o derecho, si bien, en su defecto, será quien inste o solicite los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

²³ Ciertamente, parece tratarse de un problema relacionado con establecer un orden de preferencia. Si se aplica exclusivamente el artículo 29 del Texto Refundido, parece claro que deberá ser sujeto pasivo el prestamista. Ello no obstante, si se aplica la previsión reglamentaria representada por el artículo 68, debería atribuirse al prestatario. *Vid. ALFONSO GALÁN, R. M. (2015). El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Tirant lo Blanch, Valencia, 86.*

²⁴ El precepto aludido considera hecho imponible las primeras copias de escrituras y actas notariales, «cuando [...] contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad [...]».

²⁵ Como se verá, dicha interpretación ha encontrado respuesta en la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 28 de abril de 2004, número 00/4122/2003. Sostiene el TEAC que, en virtud de la naturaleza accesoria que, respecto a la obligación principal (i.e. el préstamo), ostenta la garantía hipotecaria, es el préstamo lo que accede al Registro, y no aquella.

²⁶ El precepto realiza, entre otras, la siguiente previsión: «*La base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos.*

²⁷ La mentada consulta sostiene que «*Por tanto la base imponible se determina en función de la hipoteca que se constituye, que es la que origina la inscripción registral, y concretamente, en función del valor declarado de la garantía hipotecaria en la propia escritura de constitución de hipoteca. Esta garantía hipotecaria suele extenderse, además de al capital prestado, a otras cantidades añadidas, por intereses, costas y gastos, indemnizaciones, etc.; y todas estas cantidades garantizadas con la hipoteca constituyen la base imponible a efectos del impuesto.*». Puede consultarse el texto íntegro en la página web de la Secretaría de Estado de Hacienda, Dirección General de Tributos, y directamente a través del siguiente enlace: <http://petete.mnhafp.gob.es/consultas/>

²⁸ Posicionamiento que, de prosperar, descartaría la aplicación del artículo 68 del Reglamento, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). Lo que implicaría la constitución de una vía expedita a la consideración del artículo 29 del Texto Refundido como única norma aplicable, y por tanto la atribución de la condición de sujeto pasivo al empresario.

²⁹ Añade, esta autora, que lo que el prestatario-contribuyente está adquiriendo es la cantidad relativa al préstamo y no la garantía hipotecaria, de la que únicamente se beneficia, (siendo, a la sazón el adquirente), el acreedor hipotecario, al obtener o adquirir un derecho de realización en caso de impago.

³⁰ Ciertamente, el artículo 68 del Reglamento podría también estar vulnerando el mandato constitucional relativo al principio de capacidad económica, tal y como se sugería en las mencionadas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas. Ello no obstante, esta vía debe ser descartada a juzgar por el Auto del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2005, y el de 18 de enero de ese mismo año. El TC argumentó, para rebatir la posible concurrencia del principio de capacidad económica, que «*la capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial y, por tanto, de capacidad económica susceptible de gravamen*». Su razonamiento será más desarrollado con posterioridad al explicar las tesis favorables a considerar al prestatario como sujeto obligado a satisfacer este tributo.

³¹ Cfr. CASERO BARRÓN, R. (2004) Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, sección 2, Sala de lo Contencioso Administrativo. Recurso 158/2002. (Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos fiscales notariales). Especial mención de quien es el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios, *Revista Quincena Fiscal* núm. 20/2004, Aranzadi, 33-48.

³² Aunque ha encontrado una fuerte oposición en la STS de 20 de enero de 2004, donde el Alto Tribunal, al conocer un recurso donde se planteaba una línea argumental muy parecida, interpretó que, en un préstamo, el prestatario está adquiriendo la cantidad prestada, por lo que sería el verdadero adquirente, y no el prestamista, al conseguir en la operación únicamente garantizar el retorno de su capital. Este enfoque ha sido refrendado posteriormente por otros pronunciamientos, como las SSTS de 14 de mayo de 2004, de 27 de marzo de 2006, y de 20 de junio de 2006.

³³ Una pregunta inevitable que surge a colación de esta dicotomía sería la relativa a quién es el sujeto pasivo del IAJD. ¿Verdaderamente es el empresario? Lo cierto es que una respuesta negativa haría decaer la aplicación del artículo 89.3. c) TRLGCU, y por ende la declaración de abusividad que sanciona.

³⁴ Es la Sala Tercera la que parece competente para dirimir acerca de esta cuestión. *Vid.* ZEJALVO MARTÍN, J. (2017). La incompetencia de los tribunales civiles para la determinación del sujeto pasivo del impuesto. Últimas Sentencias y noticias. *Notarios y Registradores* y PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J. (2017). Confusión del Tribunal Supremo sobre el sujeto pasivo del AJD de préstamos hipotecarios. *Carta Tributaria*, 76-79.

³⁵ Uno de los hitos jurisprudenciales en la materia, habiendo sido citada por otras, como la STS de 20 de enero de 2004.

³⁶ Según dicha Resolución, «*es necesario destacar que este precepto* (en referencia al art. 29 del Texto Refundido) *señala que, en la modalidad de documentos notariales del IAJD, «será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expedan»* y que ese adquirente del bien o derecho solo puede ser el prestatario, [...] porque el «derecho» a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial [...].»

³⁷ La Sentencia se pronuncia del siguiente modo: «*en cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario*».

³⁸ Razón, en relación a la consideración del adquirente que prevé el artículo 29 del Texto Refundido, del siguiente modo: «*el artículo 29 de dicho texto indica que “el sujeto pasivo es el adquirente del bien o derecho...”, de modo y manera que, en un préstamo, el adquirente es el prestatario (que es el que adquiere la cantidad prestada y se obliga a su devolución, con pago en su caso de los intereses), y, en un préstamo hipotecario, el adquirente sigue siendo el prestatario (que es quien adquiere la cantidad prestada, si bien el prestamista queda garantizado con el derecho real de hipoteca, pero sin adquirir tal derecho”*.

³⁹ Cuestión de inconstitucionalidad 6019-2003, planteada el día 9 de octubre de 2003. Se planteaba la cuestión de que el artículo 68 del Reglamento podía vulnerar los artículos 14 (Derecho a la igualdad efectiva), 31.1. (principio de capacidad económica de los tributos) y 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna).

⁴⁰ Doctrina que se ha desarrollado principalmente por el Tribunal Supremo (*v.gr.* la STS de 18 de junio de 2012 —verdadera génesis de dicho criterio—, así como las SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, y de 24 y 25 de marzo de 2015. Desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, la teoría del control de transparencia ha sido pergeñada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través, entre otras, sus Sentencias de 21 de marzo de 2013 (C-92/11), de 30 de abril de 2014 (C-143/13) y 26 de febrero de 2015 (C-143/13).

⁴¹ Esta Sentencia razona, además, que si dicha cláusula genérica se estuviera refiriendo solo al IAJD, sería una cláusula superflua, cuyo contenido no haría sino perturbar la asignación de costes tributarios que debe operar *ministerio legis*.

⁴² Aunque también hace referencia a la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes.

⁴³ Estas Sentencias reproducen, al igual que otras muchas, los postulados de la Sentencia del Tribunal Supremo de forma íntegra en el apartado de los gastos preprocesales, procesales, y los aranceles y honorarios de los operadores jurídicos intervenientes en el potencial proceso. Muestra de la pacífica acogida de la tesis propuesta por el Alto Tribunal es la siguiente afirmación recogida en la SAP de Bilbao, Sec. 3.^a, de 19 de octubre de 2016: «*Lo dicho por la anterior Sentencia y que reiteramos se comparte por esta Sala es ratificado en su totalidad por el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de diciembre de 2015*».