

#### 4. DERECHO BANCARIO

Nulidad de la condición general de asunción de gastos de los préstamos hipotecarios y la controvertida imposición y abono del impuesto de actos jurídicos documentados conforme a las SSTS de 23 de diciembre de 2015, de 15 de marzo de 2018, de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, de 27 de noviembre de 2018, de 23 de enero de 2019 y resto de jurisprudencia del Tribunal Supremo

*Nullity of the general condition of costs assumption in mortgage loans and the disputed imposition of payment the legal documented acts tax according to the judgments of the Spanish Supreme Court rendered on December 23<sup>rd</sup> 2015, March 15<sup>th</sup> 2018, October 16<sup>th</sup>, 22<sup>nd</sup> and 23<sup>rd</sup> 2018, November 27<sup>th</sup> 2018, January 23<sup>rd</sup> 2019 and the remaining case law from the said Court*

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

*Doctor en Derecho*

*Abogado colegiado en Madrid y Nueva York*

*LLM por la University of California Berkeley*

**RESUMEN:** Tras la sentencia del Alto Tribunal de 23 de diciembre de 2015 que declaró la nulidad de las condiciones generales que imponían al consumidor la asunción indiscriminada y sin matices de todos los gastos relacionados con la formalización e inscripción del préstamo y su garantía hipotecaria, la configuración del sujeto pasivo y la consecuente obligación de pago del impuesto de actos jurídicos documentados ha seguido generando controversia e inseguridad jurídica porque se han producido pronunciamientos judiciales bien dispares en las diversas instancias.

La jurisprudencia tradicionalmente había considerado que el sujeto pasivo de este impuesto era el prestatario. Pero, ante la falta de pronunciamiento de la citada sentencia sobre quien debía abonar el comentado impuesto una vez declarada nula la condición general por abusiva, se dictaron resoluciones con-

tradictorias en los Juzgados de Primera Instancia y las Audiencias Provinciales, estableciendo unas que debía pagar el prestamista (las menos) y otras el prestatario (que eran la mayoría).

En dos sentencias de 15 de marzo de 2018, la Sala Primera del Tribunal Supremo estableció que en ausencia de pacto se debe asumir el coste del timbre de la matriz de la escritura del préstamo hipotecario de la cuota fija por mitades entre el prestatario y el prestamista. Asimismo, estas resoluciones determinaron que la cuota variable del impuesto de actos jurídicos documentados debe abonarse por el prestatario.

No obstante, el 16, 22 y 23 de octubre de 2018 la Sala Tercera del Alto Tribunal sorprendió con tres pronunciamientos, declarando que el sujeto pasivo a estos efectos es el prestamista.

Tres sentencias posteriores de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2018 ratificaron el criterio de que debe ser el prestatario quien asuma tal pago.

Recientemente, la Sala Primera del Alto Tribunal ha confirmado en cuatro resoluciones de 23 de enero de 2019 que el sujeto pasivo del referido impuesto es el prestatario.

Sin perjuicio de lo anterior, el Real Decreto Ley 18/2018 ha establecido sin efecto retroactivo que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos en estos casos es el prestamista.

Este artículo pretende abordar minuciosamente la problemática de la abusividad de la imposición del pago del impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios con consumidores, analizando el estado actual de la normativa y de la jurisprudencia que se ha dictado en la materia, para clarificar la situación presente, apuntando las certidumbres, incertidumbres y posibles soluciones sobre este aspecto controvertido de este tipo de pleitos.

*ABSTRACT: Further to the judgment of the Spanish Supreme Court rendered in December 23<sup>rd</sup>, 2015, which declared the nullity of the general conditions that impose on the consumer the assumption of all the expenses related to the execution and registration of the loan and its mortgage guarantee indiscriminately without justification, the decision on who is the taxpayer and its corresponding obligation of paying the legal documented acts tax have continued to generate controversy and legal uncertainty because there have been rendered very different judicial judgments on this matter by lower courts.*

*Case law had traditionally considered that the taxpayer of this tax was the borrower. But since the aforementioned judgment did not establish who should pay the tax imposed once the general condition was declared null and void, contradictory judgments were rendered by first instance and the provincial courts, establishing a few of them that the lender had to pay the tax (the minority of the cases). But the majority of judgments declared that the borrower had to pay it.*

*In two judgments of March 15<sup>th</sup>, 2018, the Civil Division of the Spanish Supreme Court established that in the absence of an agreement on this matter, borrower and lender must assume by halves the cost of the stamp of the matrix of the deed of the mortgage loan (the fix payment of the tax). They also established that the variable payment of the tax of legal documented acts had to be borne by the borrower.*

*But on October 16<sup>th</sup>, 22<sup>nd</sup> and 23<sup>rd</sup> 2018 the Division that hears administrative decisions of the Spanish Supreme Court rendered three judgments which declared that the taxpayer for these purposes was the lender.*

*Three latter judgments of the same Division of the Supreme Court of November 27<sup>th</sup>, 2018 ratified the criterion that the borrower must assume the payment of the referred tax.*

*Recently the Civil Division of the Spanish Supreme Court confirmed in four judgments of January 23<sup>rd</sup>, 2019 that the taxpayer of the aforementioned tax is the borrower.*

*Notwithstanding the above, the Royal Decree Law 18/2018 has established without retroactive effect that the taxpayer of legal documented acts in these cases is the lender.*

*This article aims to thoroughly address the problem of the abusiveness of the imposition on the borrower of the payment of the tax on legal documented acts in mortgage loans, analyzing the current in force regulations and the case law that has been rendered on this matter, to clarify the current situation, pointing out the certainties, uncertainties and possible solutions on this controversial aspect.*

**PALABRAS CLAVE:** Préstamo hipotecario. Impuesto de actos jurídicos documentados. Consumidores. Condición general abusiva. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

**KEY WORDS:** Mortgage loan. Tax on legal documented acts. Consumers. Abusive general condition. Spanish Supreme Court case law.

**SUMARIO:** I. ESTUDIO DE LA ABUSIVIDAD DE LA CONDICIÓN GENERAL DE ASUNCIÓN DE GASTOS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL AJD.—II. SENTENCIAS A FAVOR DE QUE EL BANCO DEBA PAGAR EL AJD: 1. JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA Y AUDIENCIAS PROVINCIALES. 2. SSTS, SALA TERCERA, DE 16 DE OCTUBRE DE 2018 (ROJ STS 3422/2018), DE 22 DE OCTUBRE DE 2018 (ROJ STS 3511/2018), DE 23 DE OCTUBRE DE 2018 (ROJ STS 3519/2018).—III. RESOLUCIONES JUDICIALES QUE POSTULAN COMO SUJETO PASIVO DEL AJD AL PRESTATARIO CONSUMIDOR: 1. SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA Y DE AUDIENCIAS PROVINCIALES QUE DECLARAN AL PRESTATARIO COMO SUJETO PASIVO DEL AJD. 2. SSTS, SALA PRIMERA, DE 15 DE MARZO DE 2018 (ROJ STS 848/2018 y STS 849/2018). 3. SSTS, SALA TERCERA, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2018 (ROJ STS 3885/2018, STS 3887/2018 y STS 3888/2018). 4. SSTS, SALA PRIMERA, DE 23 DE ENERO DE 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019).—IV. SITUACIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL REAL DECRETO-LEY 17/2018.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA.—VII. JURISPRUDENCIA REFERENCIADA.

## I. ESTUDIO DE LA ABUSIVIDAD DE LA CONDICIÓN GENERAL DE ASUNCIÓN DE GASTOS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL AJD

El uso de este tipo de provisiones ha sido habitual en los préstamos hipotecarios durante décadas y no se había planteado la posible abusividad de las condiciones generales que imponen la asunción de gastos al prestatario<sup>1</sup>. La literalidad concreta de esta clase de estipulaciones suele ser bastante similar. Dentro

de la infinidad de gastos que se asumen por el prestatario en tales condiciones generales, resultan especialmente controvertidos por su efectivo abono, importes y relación con los intereses de la entidad financiera que concede el préstamo, los gastos de tasación del inmueble hipotecado, de otorgamiento de escritura pública, de inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad, de abono del impuesto de actos jurídicos documentados (en adelante llamado «AJD»), de la gestoría que tramita tal inscripción y liquidación de los correlativos impuestos, así como la cancelación de la carga hipotecaria. En este trabajo vamos a analizar el pago del referido impuesto, remitiéndonos a un artículo publicado en el ejemplar anterior respecto al análisis del resto de los gastos comentados y la problemática que suele plantearse en esta clase de litigios<sup>2</sup>.

En todo caso, conviene precisar que esta situación no se produce en todos los supuestos, ni es mercedora de protección jurídica siempre que haya una condición contractual de este tipo. Para ello nos tendremos que encontrar con una condición general<sup>3</sup> que ha sido impuesta a un consumidor conforme a lo indicado en la STS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015). Así, en el supuesto de que se trate de no consumidores, la condición general solo podrá ser considerada abusiva cuando su incorporación haya sido sorpresiva, infringiendo la buena fe mediante un abuso de la posición dominante contractual<sup>4</sup>. A estos efectos conviene recordar la doctrina establecida en la aludida resolución sobre la abusividad de esta clase de provisiones. En concreto, la citada sentencia establece sobre esta cuestión<sup>5</sup>:

«1. En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones (como veremos) contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El artículo 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto «La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables» (número 2.º), como «La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario» (número 3.º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3.º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3.º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4.º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5.º).

2. Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante

del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (art. 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). 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, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, 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 conceptualizarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

3. En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el artículo 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el artículo 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el artículo 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

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. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el artículo 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula».

Por lo tanto, para que una estipulación general que imponga asumir al prestatario consumidor el pago del AJD sea abusiva, esta debe hacer recaer la totalidad de los impuestos en el prestatario, sin reciprocidad o discriminación alguna, cuando el prestamista también tiene una serie de intereses en los trámites que generan dichos gastos, como obtener un título ejecutivo o la constitución de la garantía real. Y ello porque genera un relevante desequilibrio que se no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada cuando la regulación aplicable permitiría una distribución más equitativa.

Esta resolución no se pronunció sobre la concreta distribución de los gastos que no sería abusiva, ni sobre los gastos particulares cuya imposición puede ser considerada abusiva. Es más, en el caso del impuesto de AJD estima que es abusiva su atribución al consumidor prestatario porque el prestamista no es ajeno a la operación atendiendo a la contradicción normativa del impuesto que se describe en la comentada sentencia. Pero tampoco afirma que el impuesto debe ser asumido por el prestamista. Y desde luego, por la naturaleza de las acciones ejercitadas no se pronuncia sobre la posible obligación de abono de los gastos sufragados (incluyendo el AJD) al amparo de la cláusula litigiosa.

En este sentido, se debe resaltar que, a pesar de la claridad y relativa sencillez del argumento empleado por la STS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015), hay una cierta subjetividad e inherente relación de intereses recíprocos entre prestamista y prestatario. Y ello porque el préstamo se solicita con un fin para el cual se usará el capital prestado. Y para la obtención de dicha financiación se imponen ciertas condiciones que están interrelacionadas. Por ejemplo, si no hubiera una garantía real la financiación no se concedería o sería a un tipo de interés muy superior. Consecuentemente, es complicado desligar e independizar los intereses y beneficios de las partes en esta clase de operaciones. A su vez, hay que tener en cuenta que generalmente siempre se podrá establecer una distribución más recíproca de los gastos, aunque sea *ex artículo 1255 del Código civil*<sup>6</sup>, y que es difícil precisar qué se considera un perjuicio relevante. Por lo tanto, siempre se podría argumentar que estas dos circunstancias señaladas en la STS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015) para sustentar su fallo concurren en el caso particular.

Sin perjuicio de lo anterior, antes de entrar a estudiar los diversos posicionamientos jurisprudenciales y cambios normativos que se han producido respecto del AJD, conviene recordar cuál era la situación de la que se partía antes de dicha sentencia y de la controversia suscitada sobre este impuesto.

En primer lugar, lo que debe considerarse es que en esta clase de pleitos estamos usualmente ante tres operaciones relacionadas: una compraventa de un inmueble, un préstamo para financiar tal adquisición y una garantía hipotecaria para asegurar el cobro del préstamo.

La tributación de los tres actos jurídicos está sujeta a tributación conforme al 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 referido como «LITPAJD»), así

como su normativa de desarrollo. La compraventa tributa por el impuesto de transmisiones patrimoniales generalmente en virtud del precepto 7 de la LITPA-JD, entre otros, (salvo cuando está sujeta al Impuesto de Valor Añadido, que se produce habitualmente en la venta de obra nueva). La garantía hipotecaria y el préstamo tributan conjuntamente por AJD en virtud de una unidad de hecho impositivo según una alambicada interpretación jurisprudencial de la normativa previamente citada, sus artículos concordantes y la regulación de desarrollo.

A este respecto resulta pertinente traer a colación la redacción original sobre el sujeto pasivo del impuesto AJD (que no ha sufrido cambios hasta la modificación que se comenta en el apartado IV de este estudio), que conforme al artículo 29 del LITPAJD era:

«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».

Nótese que la determinación legislativa del sujeto pasivo era susceptible de interpretación porque, en un caso donde están interrelacionados la garantía hipotecaria con el préstamo, siempre se puede argumentar que tanto el prestamista como el prestatario en el conjunto de la operación (es decir, el préstamo hipotecario) adquieren un bien o un derecho y se expide en su interés el documento notarial. Todo ello con independencia de la dificultad en esta clase de litigios de probar quién instó la escritura pública del préstamo hipotecario.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina jurisprudencial existente de la jurisdicción contencioso administrativa en la materia, consolidada y abundante, era clara al establecer que el sujeto pasivo de este impuesto en los préstamos hipotecarios era el prestatario. A estos efectos se pueden citar, entre otras muchas, las SSTS, Sala Tercera, de 19 de noviembre de 2001 (ROJ STS 9012/2001), de 20 de enero de 2004 (ROJ STS 159/2004), de 14 de mayo de 2004 (ROJ STS 3316/2004), de 20 de enero de 2006 (ROJ STS 257/2006), de 27 de marzo de 2006 (ROJ STS 1938/2006), de 20 de junio de 2006 (ROJ STS 4976/2006), de 31 de octubre de 2006 (ROJ STS 7141/2006), de 6 de mayo de 2015 (ROJ STS 2088/2015). Esta posición jurisprudencial sobre la configuración del sujeto pasivo en estos casos puede apreciarse de forma resumida en la STS, Sala Tercera, de 14 de mayo de 2004 (ROJ STS 3316/2004), que en su Fundamento de Derecho Quinto dice:

«En efecto, entre otras, en la reciente sentencia de esta Sala Tercera de 19 de noviembre de 2001 (Recurso de casación núm. 2196/1996) en un caso similar de concesión por una entidad de crédito a una empresa mercantil de un préstamo hipotecario, formalizado en escritura pública, se mantiene lo que sigue: “Es necesario añadir al respecto que, aunque, en puridad de conceptos, la conclusión de la unidad del hecho imponible, más que del mencionado artículo 15.1 del Texto Refundido aquí considerado encontraba su más claro apoyo en el artículo 18 del Reglamento de 29 de diciembre de 1981, que, en vez de hablar, como hacía el tan citado artículo 15.1, de que ‘la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticrisis en garantía de un préstamo, [tributarían] exclusivamente por el concepto de préstamo’, se refería a que ‘la constitución de préstamos garantizados con fianza, prenda, hipoteca y anticrisis [tributarían] solo por el concepto de préstamo’ —matiz que no pasa desapercibido a la Sala y que incluso podría haber dado pie a interpretar que el hecho imponible no era el préstamo hipotecario, sino la hipoteca, aunque su gravamen quedaba subsumido

en el gravamen del préstamo, con la consecuencia de que el Reglamento se había excedido de la previsión legal que desarrollaba—, es lo cierto que la interpretación tradicional de esta Sala ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era y es único, y que, por tanto, la conclusión de su sujeción a AJD, hoy por hoy, es coherente, cualesquiera sean las tendencias legislativas que, en un futuro próximo, pudieran consagrar su exención en esta última modalidad impositiva, introduciendo la necesaria claridad en el sistema aplicativo de un impuesto, como el de AJD, que tantas dificultades encierra en su actual configuración, como ha hecho finalmente la Ley 14/2000, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al añadir un nuevo apartado 18 al artículo 45.I.B del Texto Refundido del ITP y AJD vigente de 24 de septiembre de 1993, aunque, obviamente, no sea de aplicación al caso aquí cuestionado. 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, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.<sup>º</sup>d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD, y en relación, asimismo, con el artículo 18 del Reglamento de 1981, hoy artículo 25 del vigente de 29 de mayo de 1995, que, por cierto, ya se refiere a la constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca”».

Por consiguiente, era previsible que en virtud de tal posicionamiento jurisprudencial los tribunales no condenasen a abonar a los bancos el impuesto de AJD pagado por los prestatarios consumidores. Y es que, por más que la imposición en una condición general del pago de todos los impuestos en su integridad relacionados con el préstamo hipotecario sea considerada abusiva según la STS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015), eso no quiere decir que el prestatario no tuviera que desembolsar en todo caso tal impuesto al ser el sujeto pasivo conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta.

Sin embargo, la inexistencia de un criterio al respecto por parte del Alto Tribunal en la citada sentencia sobre esta cuestión particular, así como sobre la obligación de reembolso del resto de los gastos que haya podido pagar el prestatario consumidor en virtud de la mencionada condición general abusiva, propició que se iniciaran infinidad de pleitos ejercitando acciones individuales reclamando tales conceptos.

El resultado de tales acciones ha sido dispar. Frecuentemente se estima la abusividad de la provisión litigiosa, pero se han producido pronunciamientos contradictorios sobre la obligación del prestatario consumidor de tener que abonar el referido impuesto en virtud de las comentadas estipulaciones generales. Por ello a continuación se va a abordar cada uno de los diferentes posicionamientos por separado.

## II. SENTENCIAS A FAVOR DE QUE EL BANCO DEBA PAGAR EL AJD

### 1. JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA Y AUDIENCIAS PROVINCIALES

En primer lugar, hay que resaltar que esta corriente nunca ha parecido ser la mayoritaria. En todo caso, ha continuado manifestándose a pesar de los diferentes pronunciamientos del Alto Tribunal en un sentido y otro respecto a la posible condena a las entidades financieras de abonar al consumidor prestatario el AJD que este previamente pagó por el préstamo hipotecario.

En primera instancia se pueden citar, entre otras, las siguientes resoluciones: SSJPI núm. 90/2017 del núm. 7 de Terrasa de 5 de abril de 2017, núm. 79/17 del núm. 2 de Igualada de 27 de abril de 2017, núm. 174/2017 del núm. 1 de Benidorm de 5 de junio de 2017, núm. 172/2017 del núm. 6 de Granollers de 12 de junio de 2017, núm. 143/17 del núm. 1 de Vic de 19 de junio de 2017, núm. 50016/2017 del núm. 11 de Bilbao de 9 de septiembre de 2017, del núm. 4 de Mérida de 11 de septiembre de 2017, del núm. 6 bis de Las Palmas de Gran Canaria de 15 de septiembre de 2017, núm. 203/2017 del núm. 6 de Zamora de 17 de octubre de 2017, núm. 426/17 del núm. 1 de San Fernando de 6 de febrero de 2018, núm. 858/2018 del núm. 18 bis de Málaga de 19 de octubre de 2018, núm. 942/2018 del núm. 18 bis de Málaga de 12 de noviembre de 2018, núm. 2843/18 del núm. 25 bis de Valencia de 21 de noviembre de 2018.

A pesar de lo comentado en algunos medios<sup>7</sup>, resulta complicado encontrar pronunciamientos en la jurisprudencia menor que condenen al banco a reembolsar al prestatario consumidor lo abonado por el AJD. Dentro de ellos se puede mencionar la SAP de Cáceres, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 13 de septiembre de 2017 (ROJ SAP CC 640/2017), que condena a tal abono a la entidad financiera señalando en su Fundamento de Derecho Quinto:

«La STS de 23 de diciembre de 2015, analiza por separado los tres conceptos a que se refiere el recurso de gastos de Notaría, Registro de la Propiedad y Actos Jurídicos Documentados, declarando que la atribución de todos ellos al prestatario es nula, por las razones examinadas a las que nos remitimos. Es más, en cuanto a los impuestos, que es sin duda la cuestión más discutida, en este caso no es preciso entrar en dicha polémica, toda vez que, la cláusula cuestionada desplaza en su conjunto la totalidad de los impuestos, habidos y por haber, al prestatario cuando le atribuye todos los impuestos de esta operación, con independencia de quien sea el sujeto pasivo, y ello es obvio que no guarda equilibrio, además de ser abusivo. Incluso aunque se estime que el impuesto derivado de la constitución del préstamo hipotecario incumbe únicamente al prestatario, no es esto lo que afirma la cláusula cuestionada, que le atribuye toda la carga impositiva derivada del conjunto de la operación y su cancelación».

Lo cual parece sostener que debido a que la cláusula impone en todo caso el pago del impuesto al prestatario, esta es abusiva y por ello, aunque no se desarrolla con mayor profundidad en esta resolución, el banco debe reembolsar el AJD al prestatario consumidor.

2. SSTS, SALA TERCERA, DE 16 DE OCTUBRE DE 2018 (ROJ STS 3422/2018), DE 22 DE OCTUBRE DE 2018 (ROJ STS 3511/2018), DE 23 DE OCTUBRE DE 2018 (ROJ STS 3519/2018)

Estas sentencias tuvieron un enorme impacto mediático<sup>8</sup>, porque como ellas mismas establecen, pretendían modificar la doctrina jurisprudencial existente sobre la determinación del sujeto pasivo del AJD en los supuestos estudiados<sup>9</sup>. Su pronunciamiento y fallo es claramente la fijación del acreedor prestatario (y prestamista) como sujeto pasivo. A continuación se reproducen los principales extractos de la STS, Sala Tercera, de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018) que justifican el cambio de criterio<sup>10</sup> [cuya literalidad también puede encontrarse

en las otras SSTS, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018) y de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018)]:

«Aun reconociendo la solidez de buena parte de los argumentos en los que descansa la jurisprudencia actual, debemos corregirla porque, frente a la conclusión extraída por esa jurisprudencia, entendemos que el obligado al pago del tributo en estos casos es el acreedor hipotecario, sujeto en cuyo interés se documenta en instrumento público el préstamo que ha concedido y la hipoteca que se ha constituido en garantía de su devolución.

Los razonamientos que siguen descansan, esencialmente, en tres consideraciones, referidas (i) al requisito de la inscribibilidad, (ii) a la configuración legal de la base imponible y (iii) al tenor literal del artículo 29 de la ley del impuesto.

2. Pero antes debemos salir al paso de la alegación —defendida por los recurridos y presente en la sentencia impugnada— según la cual la ley (arts. 8 y 15) establece expresamente que el sujeto pasivo es el prestatario.

No se sigue tal afirmación, desde luego, del artículo 8 del texto refundido pues, ciertamente, señala en su apartado d) que en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza es obligado al pago «el prestatario»; pero afirma también expresamente, en el apartado anterior, que tal obligado será, «en la constitución de derechos reales», aquel «a cuyo favor se realice este acto», condición que sin duda ostenta el acreedor hipotecario, como lo ostenta también el «acreedor afianzado» en la constitución de fianza a la que se refiere el apartado e) del mismo artículo 8.

Pero tampoco se desprende aquella conclusión del artículo 15 del texto refundido, según el cual «la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo». Y ello por dos razones:

La primera, porque el precepto está incluido en el Título I de la ley, referido exclusivamente a la modalidad transmisiones patrimoniales, y no en el Título Preliminar, que contiene disposiciones aplicables a las tres modalidades que la ley contempla.

La segunda, porque no alcanza la Sala a entender la razón por la que —de ser esa la voluntad del legislador— no hay precepto equivalente en la ley respecto de la modalidad de actos jurídicos documentados, pues el artículo 29 pudo aclarar —como hizo respecto de transmisiones patrimoniales— quién es el sujeto pasivo en un negocio complejo que la ley ha contemplado expresamente en un artículo aclaratorio (el artículo 15) referido exclusivamente a una modalidad tributaria distinta.

El hecho de ser la hipoteca un derecho real de constitución registral la sitúa, claramente, como negocio principal a efectos tributarios en las escrituras públicas en las que se documentan préstamos con garantía hipotecaria, pues el único extremo que hace que el citado acto jurídico complejo se someta al impuesto sobre actos jurídicos documentados es que el mismo es inscribible, siendo así que, en los dos negocios que integran aquel acto, solo la hipoteca lo es.

En otras palabras, si el tributo que nos ocupa solo considera hecho gravable el documento notarial cuando incorpora «actos o contratos inscribibles en los Registros públicos» que se señalan y si esta circunstancia actúa como *condictio iuris* de la sujeción al impuesto, es claro que en los negocios jurídicos complejos resultará esencial aquel de ellos que cumpla con tal exigencia.

De no ser así, esto es, si seguimos considerando al préstamo como principal, no tendría demasiado sentido someter al gravamen un negocio jurídico no inscribible solo por la circunstancia de que exista un derecho real accesorio constituido en garantía del cumplimiento de aquel.

Dice el artículo 30.1 del texto refundido que «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».

Si ello es así es porque, inequívocamente, el aspecto principal (único) que el legislador ha contemplado en el precepto citado es la hipoteca, máxime si se tiene en cuenta que aquellos extremos (los intereses, las indemnizaciones o las penas por incumplimiento) solo pueden determinarse porque figuran en la escritura pública de constitución de hipoteca y porque son las que permitirán que el acreedor pueda ejercitar la acción privilegiada que el ordenamiento le ofrece (ya que, como dijimos, la acción solo podrá ejercitarse «sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento»).

Cabría añadir una segunda reflexión: si analizamos el artículo 30.1 desde la perspectiva de la capacidad contributiva, es claro que la que se pone de manifiesto, a tenor de su redacción, no es la del prestatario (que solo ha recibido el préstamo y que se obliga a su devolución y al pago de los intereses), sino la del acreedor hipotecario (único verdaderamente interesado —como veremos— en que se configure debidamente el título y se inscriba adecuadamente en el Registro de la Propiedad).

5. La correcta interpretación del precepto contenido en el artículo 29 («será su 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») abona la tesis que defendemos.

La expresión «en su defecto» no solo puede ir referida a aquellos supuestos en los que no pueda identificarse un «adquirente» del bien o derecho, sino también a aquellos otros —como el que nos ocupa— en los que no puede determinarse con precisión quién ostenta tal condición».

Por consiguiente, de forma resumida, puede decirse que esta resolución (y las otras dos sentencias citadas en este subapartado) rebate la jurisprudencia consolidada previa argumentando que i) la literalidad de los preceptos no impone que el sujeto pasivo sea el prestatario, sino precisamente lo opuesto, que sea el acreedor hipotecario (y prestamista); ii) el hecho impositivo exige la inscribibilidad en el Registro, lo cual es solo predictable de la hipoteca (por cuyo interés se inscribe) y no del préstamo; iii) la base imponible del impuesto se calcula sobre capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos. Esto únicamente puede determinarse en la garantía hipotecaria y no en el préstamo.

A su vez, se debe resaltar que las mencionadas resoluciones contienen dos votos particulares (iguales a estos efectos en cada uno de los tres pronunciamientos judiciales comentados), no habiendo unanimidad entre los magistrados que dictaron estas sentencias. El primero es emitido por el magistrado ponente D. Nicolás MAURANDI GUILLÉN, quien compartiendo la fundamentación y fallo de la sentencia, además destaca en la conclusión mantenida en tal resolución que:

- La genérica tributación por AJD regulada en la LITPAJD comprende dos figuras tributarias de distinta naturaleza y régimen. Así, distingue entre los documentos notariales y los actos jurídicos documentados notarialmente, que sería el supuesto enjuiciado.

- La potestad tributaria no puede apoyarse únicamente en una finalidad recaudatoria, sino que ha respetar los parámetros establecidos para la distribución de la carga tributaria. En este sentido, el magistrado recalca que los motivos que justifican la tributación sobre los actos jurídicos notarialmente documentados concurren en mucha mayor medida en el acreedor hipotecario, puesto que la capacidad económica gravada en el tributo sobre los actos jurídicos notarialmente documentados se individualiza con claridad en el acreedor hipotecario y resulta nula o notoriamente inferior en el deudor prestatario.
- La formalización en escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad son requisitos inexcusables para la constitución del derecho real de garantía hipotecaria, pero no así para la perfección de un contrato de préstamo.

El segundo voto particular es emitido por el magistrado Dimitry BERBEROFF AYUDA, que discrepa con la determinación del sujeto pasivo efectuado en la STS, Sala Tercera, de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018) (y también en las otras dos resoluciones citadas en este subapartado), considerando que le corresponde al prestatario y no al prestamista (acreedor hipotecario) el pago del AJD, resaltando para ello (además de compartir los postulados de la doctrina jurisprudencial que se pretendía cambiar con estas sentencias):

- Esa doctrina jurisprudencial que fija el sujeto pasivo en el prestatario ha permanecido inmutable desde que la LITPAJD entrase en vigor, a pesar de las diversas modificaciones que ha experimentado tal régimen normativo.
- Los requisitos utilizados por la STS, Sala Tercera, de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018) (así como las otras dos sentencias comentadas en este subapartado) para justificar el cambio (requisito de inscribibilidad, la configuración legal de la base imponible y el tenor literal del LITPAJD), también se empleaban en la doctrina jurisprudencial anterior para sostener que el sujeto pasivo es el prestatario.
- No comparte con la citada sentencia [y las SSTS, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018) y de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018)], que la inscripción registral constitutiva de la hipoteca configure tal acto como principal a efectos tributarios.
- Para él hay dos modalidades de un único hecho imponible pero, aunque se pudieran separar (que discrepa sobre ello) el préstamo de la hipoteca a estos efectos tributarios, la cuota fija del impuesto recae directamente sobre el documento notarial, sujetando por ello la escritura pública que documenta el préstamo. Lo cual impide que pueda diferenciarse dos sujetos pasivos, uno de la cuota fija y otro de la cuota gradual.
- El carácter bilateral del préstamo declarado en la STS, Sala Primera, de 11 de julio de 2018 (ROJ STS 2551/2018) permite sostener que el préstamo obra como causa de la hipoteca en los negocios jurídicos analizados en este artículo. No obstante, a este respecto puede indicarse que tanto la doctrina<sup>11</sup> como la jurisprudencia<sup>12</sup> han considerado tradicionalmente el préstamo como un negocio jurídico unilateral.

Aunque estos tres pronunciamientos judiciales no han cumplido su pretensión de modificar la jurisprudencia anterior, ya que tal posicionamiento que fijaba el sujeto pasivo del impuesto en el prestatario fue posteriormente ratificado [y el criterio establecido en las SSTS, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS

3422/2018), de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018) y de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018) modificado] por las resoluciones posteriores del Alto Tribunal dictadas por el Pleno que se comentarán en los subapartados III.3 y 4 de este artículo.

### III. RESOLUCIONES JUDICIALES QUE POSTULAN COMO SUJETO PASIVO DEL AJD AL PRESTATARIO CONSUMIDOR

Como anteriormente se ha comentado, este era el posicionamiento claro y consolidado de los tribunales antes de que surgiera toda esta controversia<sup>13</sup>. Y no ha dejado de ser la corriente mayoritaria, a pesar de los pronunciamientos analizados en el apartado II.

#### 1. SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA Y DE AUDIENCIAS PROVINCIALES QUE DECLARAN AL PRESTATARIO COMO SUJETO PASIVO DEL AJD

Dentro de la infinidad de resoluciones de primera instancia que se han ido dictando en este sentido se pueden mencionar las SSJPI núm. 2/2017 del núm. 101 bis de Madrid de 7 de septiembre de 2017, núm. 141/2017 del núm. 50 de Barcelona de 19 de septiembre de 2017, núm. 177/2017 del núm. 2 de Palencia de 28 de septiembre de 2017, núm. 5/2017 del núm. 10 bis de Sevilla de 3 de octubre de 2017, núm. 193/2017 del núm. 101 bis de Madrid de 16 de octubre de 2017, núm. 1/2017 del núm. 11 bis de Murcia de 23 de octubre de 2017, núm. 72/2018 del núm. 7 bis de La Coruña de 19 de marzo de 2018 y núm. 52/2019 del núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria de 6 de marzo de 2019, entre otras muchas.

En segunda instancia también pueden encontrarse muchos pronunciamientos como las SSAP de Salamanca, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 28 de septiembre de 2017 (ROJ SAP SA 652/2017), de La Coruña, Sec. 4.<sup>a</sup>, de 18 de octubre de 2017 (ROJ SAP C 2170/2017), de La Rioja, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 31 de octubre de 2017 (ROJ SAP LO 265/2017), de Baleares, Sec. 5.<sup>a</sup>, de 7 de noviembre de 2017 (ROJ SAP IB 1910/2017), de Cantabria, Sec. 4.<sup>a</sup>, de 8 de noviembre de 2017 (ROJ SAP S 467/2017), de Huelva, Sec. 2.<sup>a</sup>, de 19 de diciembre de 2017 (ROJ SAP H 817/2017).

Nótese que hay sentencias que incluso no estiman que sea abusiva la condición general que impone el pago de este impuesto al prestatario consumidor como las SSAP de León, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 26 de octubre de 2017 (ROJ SAP LE 1056/2017) y de Granada, Sec. 3.<sup>a</sup>, de 25 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 469/2018). Así, la primera resolución citada en su Fundamento de Derecho Segundo señala (resumiendo la doctrina de que el sujeto pasivo es el prestatario y de que no corresponde la declaración de nulidad porque la provisión general solo se refiere al AJD):

«La hipoteca está considerada como un derecho real de garantía, por lo que su constitución está sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados (al estar exenta del impuesto sobre el valor añadido, artículo 20 Uno 18.<sup>a</sup> de la Ley 37/1992 de 28 de diciembre) según lo dispuesto en el artículo 7.1 letras A y B del RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. A su vez, es un acto que tiene acceso al Registro por lo que si se documenta en escritura pública (necesaria para que la hipoteca quede válidamente constituida, artículo 145 de la LH), se devenga el gravamen en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos

documentados, artículo 27.1 letra a) del Texto legal antes citado en relación con el artículo 66.1 letra a) de su Reglamento.

En el supuesto examinado solo se menciona el impuesto no otros conceptos como hace la sentencia del TS (expedición de copias, actas y testimonios que interese), siendo lo determinantes que el hecho imponible en el préstamo hipotecario es único, el «derecho» a que se refiere el artículo 8d) en relación con el artículo 15.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es el préstamo que se recoge en el documento notarial y ello aunque se encuentre garantizado con hipoteca. Sin olvidar que el hecho imponible recae sobre el documento no sobre el acto contenido en el mismo, es decir, este impuesto grava la formalización de ciertos documentos notariales, siendo sujeto pasivo el que adquiere el bien o derecho, en este caso el prestatario. Siendo oportuno recordar que la Ley 53/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria establece el principio de que en caso de impago de un tributo la Hacienda Pública perseguirá al obligado con independencia de los pactos a que lleguen las partes (art. 17 y 18 de la LGT).

Conforme a todo lo argumentado hasta ahora en relación con el impuesto de actos jurídicos documentados a que se refiere el apartado c) de la cláusula quinta, no puede calificarse como nula, toda vez que no puede apreciarse infracción del artículo 89.3c) del TRLDCU, estimando en tal sentido este motivo de recurso».

Por lo tanto, esta y el resto de sentencias comentadas en este subapartado consideran que no procede el reembolso porque el sujeto pasivo del AJD es el prestatario consumidor según la jurisprudencia consolidada existente en esta materia. Repárese que el pronunciamiento reproducido no es contradictorio con la STS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015), porque en este caso, a diferencia de lo acontecido en la resolución del Alto Tribunal, la condición general se ciñe al AJD y no a otros posibles conceptos.

## 2. SSTS, SALA PRIMERA, DE 15 DE MARZO DE 2018 (ROJ STS 848/2018 Y STS 849/2018)

Estos dos pronunciamientos ratificaron el anterior posicionamiento de la STS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015) en cuanto a la nulidad por abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor<sup>14</sup>. Pero estas sentencias sí abordan la cuestión no resuelta por dicha resolución respecto del posible reembolso del AJD por la entidad financiera prestamista a favor del prestatario. Y para ello se pronuncia sobre quién debe ser considerado sujeto pasivo a tales efectos, porque si el prestatario tuviera que abonar tal impuesto por su condición de sujeto pasivo, entonces no podría haber condena alguna al reembolso.

En este sentido la Sala Primera en estos dos pronunciamientos sigue la tradicional doctrina mantenida por la Sala Tercera del mismo Tribunal explicada en el apartado I de este artículo, declarando<sup>15</sup>:

«La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario (sentencias de 19 de noviembre de 2001 [RC 1996, 2196]; 20 de enero

de 2004 [RC 2002, 158]; 14 de mayo de 2004 [RC 1999, 4075]; 20 de enero de 2006 [RC 2001, 693]; 27 de marzo de 2006 [RC 2001, 1839]; 20 de junio de 2006 [RC 2001, 2794]; 31 de octubre de 2006 [RC 2001, 4593]; 6 de mayo de 2015 [RC 2013, 3018]; y 22 de noviembre de 2017 [RC 2016, 3142]). En tales resoluciones se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD.

En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario».

Pero además de tan importante determinación a efectos de esta clase de litigios sobre el sujeto pasivo del AJD, también precisa dos cuestiones: i) quién debe asumir el timbre de la matriz respecto de la cuota fija del mencionado impuesto, declarando que debe hacerse por mitades salvo que haya pacto entre las partes que lo regule de manera diferente (y habrá que entender que no sea a su vez abusivo); ii) que tal cuota fija de las copias corresponde a quien solicite dichas copias; y iii) que la escritura de cancelación está exenta de tal tributación (lo cual no parece que fuera particularmente conflictivo). En particular la STS, Sala Primera, de 15 de marzo de 2018 (ROJ STS 849/2018) dice<sup>16</sup>:

«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 sigs. 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 artículo 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 artículo 68 del Reglamento.

7. Por último, y puesto que en la cláusula litigiosa se hace mención expresa a los tributos que graven la cancelación de la hipoteca, debe tenerse en cuenta que el artículo 45 B.18 LITPAJD declara exentas las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales».

Consecuentemente, estas sentencias son relevantes desde el punto de vista que precisaron por primera vez en este tipo de pleitos dentro de la jurisdicción civil que el sujeto pasivo del AJD es el prestatario consumidor, motivo por el cual no debe

producirse condena al reembolso del pago de este impuesto. Todo ello sin perjuicio de la precisión que efectúan ambas resoluciones sobre el timbre de la escritura pública matriz y de las copias del préstamo hipotecario, que si bien se debe tener en cuenta, lo cierto es que su impacto económico dentro de estas reclamaciones es poco relevante y que el criterio de la solicitud de las copias puede ser poco operativo ante el problema probatorio que suele concurrir en esta clase de litigios.

3. SSTS, SALA TERCERA, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2018 (ROJ STS 3885/2018, STS 3887/2018 Y STS 3888/2018)

Nos encontramos ante tres pronunciamientos del Pleno que requerirían para un estudio en profundidad de un artículo monográfico. Cuentan con 77 y 78 páginas cada uno, siendo la mayor parte de su contenido votos particulares de los diferentes magistrados que dictan estas sentencias. Lo cual parece venir en parte motivado por el interés mediático de este posible cambio dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia que ha sido previamente comentado, de una aparente falta de coordinación dentro del referido órgano judicial a la hora de cambiar una posición jurídica, de las posibles razones y argumentaciones que se pueden mantener al respecto y de la conveniencia de una adecuada explicación unificadora tras el anterior intento de cambio jurisprudencial.

En todo caso es indubitable que por su número (3 resoluciones en mismo sentido y con prácticamente igualdad de contenido), por ser posteriores y porque vienen dictadas por el pleno del Alto Tribunal deben prevalecer sobre el criterio asentado en las SSTS, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018), de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018) y de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018) analizadas en el apartado II.2 de este trabajo. Y así de hecho se ha consolidado posteriormente con las resoluciones judiciales que se comentan en el siguiente subapartado III.4 y sentencias de órganos inferiores comentadas en el subapartado III.1.

A efectos de este estudio el análisis de las resoluciones comentadas en este subapartado se va a centrar en la argumentación y doctrina contenida para revocar el posicionamiento de las SSTS, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018), de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018) y de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018), reestableciendo la jurisprudencia anterior. Sin perjuicio de ello, se tiene que resaltar que es evidente que el posible interés de estas sentencias es mucho mayor. Máxime cuando tienen hasta 6 votos particulares y abordan otras cuestiones que no son exclusivamente la determinación del sujeto pasivo del AJD para los supuestos tratados en este trabajo.

La doctrina de estas sentencias objeto de estudio en este artículo queda bien reflejada en los siguientes extractos de la STS, Sala Tercera, de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3887/2018)<sup>17</sup>:

«De conformidad con lo todo lo expuesto hasta ahora, la posición del Pleno en relación con el objeto litigioso es la de confirmar la jurisprudencia vigente hasta ahora en el sentido de que el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios regulados en el Título III sobre actos jurídicos documentados del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es el prestatario.

Dicha conclusión parte de lo que entendemos debe ser el criterio hermenéutico básico que ha de guiar la interpretación de los preceptos aplicables, en línea con

la jurisprudencia constante de esta Sala y es que, en un negocio complejo como el del préstamo con garantía hipotecaria, el negocio jurídico básico, razón de ser de toda la operación contractual, es el préstamo, resultando la garantía hipotecaria un negocio derivado y siervo del anterior, sin el cual no existiría. El préstamo, por el contrario, tiene sentido y viabilidad en sí mismo, sin perjuicio de que sin la garantía hipotecaria estaría presumiblemente sometido a condiciones más rigurosas en beneficio del prestamista. Pues bien, si eso es así, es claro que desde un punto de vista tributario es el préstamo el que debe guiar la interpretación de las consecuencias tributarias que sean de rigor. Todo ello, como es evidente, a reserva de una previsión expresa del legislador en sentido contrario, como precisamente ha ocurrido con la aprobación por parte del Gobierno mediante un Real Decreto-ley, con posterioridad a la decisión de este asunto por el Pleno.

Entendemos que es a partir del mencionado criterio sustantivo como hay que interpretar los preceptos legales aplicables y no, como se hace en las sentencias dictadas en octubre por la Sección Segunda de la Sala, a partir del análisis fragmentario y parcial de tales preceptos. Esto es, entendemos que lo procedente es interpretar los artículos 8.b) y c), 15, 29 y 30 del Texto refundido a partir de dicho criterio, y no a formular una tesis opuesta construida mediante la interpretación parcial de dichos preceptos.

En efecto, construyen su discurso las sentencias de la Sección a partir de la consideración de que el préstamo con garantía hipotecaria constituye una unidad a efectos tributarios, para afirmar inmediatamente después que en esta unidad tributaria se incluye, como negocio jurídico complejo, un contrato traslativo de dominio (el préstamo mutuo, en el que el prestatario adquiere la propiedad de la cosa prestada y ha de devolver otro tanto de la misma especie y calidad) y un negocio jurídico accesorio, de garantía y de constitución registral (la hipoteca). De esta afirmación extrae la Sección la conclusión de que se identificarían, a efectos tributarios y de aplicación del artículo 29 del Texto Refundido, dos adquirentes: el prestatario en cuanto al negocio traslativo de la suma que se le entrega y el acreedor hipotecario respecto de la hipoteca. Sin embargo, la abundantísima jurisprudencia sobre la cuestión, de la que con anterioridad se ha dado sobrada cuenta, no se limita a reconocer una unidad de hecho imponible, sino que lo que reitera la misma es que nos encontramos ante una unidad de hecho imponible en torno al préstamo, lo que produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo sea el prestatario.

La unidad de hecho imponible en torno al préstamo tiene perfecto acomodo legal en el artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto, conforme al que el impuesto se ha de exigir con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidado cualquiera que sea la denominación que las partes se hayan dado; en el artículo 3 del mismo Texto Refundido, que, como el anterior precepto, se ubica en las normas generales del impuesto contenidas en el Título Preliminar y dispone que «para la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su distinta naturaleza, destino, uso o aplicación, se estará a lo que respecta al particular dispone el Código civil o, en su defecto, el Derecho Administrativo; y, por último, en el artículo 12.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que dispone que «en tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda». Pues bien, esta unidad del hecho imponible en torno al préstamo, como señala la sentencia de 19 de noviembre de 2001, antes reseñada, produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo sea el prestatario.

La existencia de un único hecho imponible en torno al préstamo, que se corresponde con la concepción civil de constituir el contrato una unidad funcional y económica que opera en el tráfico bajo una única unidad léxica compuesta como es la de préstamo hipotecario, que acoge un contrato traslativo del dominio —con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad— y un derecho real de garantía de carácter accesorio, que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (art. 1857.1.º CC), hace que no pueda compartirse la afirmación contenida en las sentencias de la Sección conforme a la que, desde el punto de vista tributario, existirían dos adquirentes.

Tampoco comparte este Pleno la argumentación de la Sección, basada en una interpretación sistemática, conforme a la cual el contenido del artículo 15 del Texto Refundido, al estar ubicado en el Título I, relativo a la modalidad impositiva de transmisiones patrimoniales onerosas, y no en el Título Preliminar, no cabría ser extendido a la modalidad de actos jurídicos documentados. (...) pues si para el impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, en el préstamo de cualquier naturaleza el sujeto pasivo es el prestatario, [art. 8 d) del Texto Refundido y 34 d) del Reglamento], y el hecho de que el préstamo esté garantizado por hipoteca no altera esta regla, conforme al propio artículo 15 del Texto Refundido, pues existe un solo hecho imponible, la consecuencia lógica, conforme —se insiste— a la jurisprudencia inveterada de la Sala, ha de ser que en la modalidad impositiva de actos jurídicos documentados el sujeto pasivo sea el mismo prestatario.

Tampoco considera este Pleno que el requisito de la inscribibilidad del acto deba acarrear la consecuencia, como se sostiene en las sentencias de la Sección Segunda, de hacer prevalecer a la hipoteca sobre el préstamo como negocio principal a efectos tributarios en las escrituras públicas en las que se documentan préstamos con garantía hipotecaria, en contra —se insiste— de una jurisprudencia constante y uniforme. (...) este Pleno discrepa de este planteamiento pues, como ya se ha puesto reiteradamente de manifiesto, en primer lugar, la jurisprudencia ha identificado con reiteración un único hecho imponible en torno al préstamo; hecho imponible que no es el negocio o negocios que se formalizan en escritura pública, sino la propia instrumentalización, y lo que se formaliza es el préstamo con garantía hipotecaria, lo que se corresponde además, con el momento de devengo del impuesto que es, con arreglo al artículo 49.1 b) del Texto Refundido, el día en que se formaliza el acto sujeto a gravamen, lo que es independiente de la efectiva y posterior inscripción de la hipoteca; y, en segundo lugar, porque, como más adelante expondremos, en términos del tan citado artículo 29 del Texto Refundido, indudablemente también al prestatario le interesa la expedición del documento notarial inscribible.

Tampoco comparte este Pleno la conclusión alcanzada por la Sección conforme a la que la configuración de la base imponible que contiene el artículo 30.1 pondría de manifiesto únicamente la capacidad contributiva del prestamista acreedor hipotecario, pues no es esta la conclusión a la que llegó el Tribunal Constitucional en su auto de 18 de enero de 2005, respecto del que las sentencias de la Sección Segunda guardan el más absoluto silencio, al responder a la cuestión de inconstitucionalidad de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la que se planteó precisamente el contraste de la normativa que rige el impuesto con el principio de capacidad económica que ha de regir el sistema tributario recogido en el artículo 31.1 del texto constitucional.

Por último, a juicio de este Pleno, tampoco resulta acertado el razonamiento de las sentencias de la Sección en relación con el último inciso del artículo 29 del Texto Refundido, referido al interés en la expedición del documento, pues, con

independencia de que solo opera este criterio de determinación del sujeto pasivo en defecto del criterio principal, es decir, de identificación del adquirente del bien o derecho, para lo que, como ya se ha dicho, no existe ninguna dificultad, no es cierto que solo interese al acreedor hipotecario la inscripción de la hipoteca y, por ende, la expedición del documento inscribible, pues no parece haber duda alguna en que la obtención por el prestatario de la cantidad objeto del préstamo está vinculada, y condicionada, a la simultánea constitución de la garantía sobre un bien inmueble de su propiedad, manifestación, como ya se ha dicho, de capacidad económica».

Por consiguiente, puede observarse cómo el Alto Tribunal en Pleno aborda y rebate con minuciosidad cada uno de los argumentos esgrimidos en las SSTS, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018), de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018) y de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018) para re establecer el anterior posicionamiento jurisprudencial. De hecho, estos tres pronunciamientos de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3885/2018, STS 3887/2018 y STS 3888/2018) aclaran que ratifican y mantienen en sus términos la doctrina jurisprudencial que fijaba el sujeto pasivo en el prestatario, así como que los efectos de las SSTS, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018), de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018) y de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018) se ciñen a esos casos<sup>18</sup>.

4. SSTS, SALA PRIMERA, DE 23 DE ENERO DE 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 Y STS 105/2019)

Las referidas sentencias se remiten y reafirman el posicionamiento establecido en las resoluciones del Alto Tribunal estudiadas en los dos subapartados anteriores. En concreto, la STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 103/2019) sobre la nulidad de la cláusula por abusiva señala<sup>19</sup> (aunque las otras sentencias citadas en este subapartado tienen la misma o muy similar dicción al respecto):

«3. Bajo tales parámetros resulta claro que, si no existiera la cláusula controvertida, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los registradores, CC, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, por lo que la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual.

4. La Audiencia Provincial no contraviene la normativa sobre consumidores al afirmar que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados (único tributo al que se refiere) es el prestatario, puesto que lo único que hace es, una vez expulsada la cláusula abusiva del contrato, aplicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento vigente en la fecha de suscripción del contrato.

5. Desde este punto de vista, este motivo de casación también debe ser desestimado, si bien la resolución recurrida debe ser matizada o aclarada conforme a lo resuelto por esta Sala en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo (...)

Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras citadas sentencias de 15 de marzo de 2018».

En consecuencia, en estas resoluciones se declara la nulidad de la condición general por imponer al prestatario el abono de todos los impuestos sin distinción, pero al estimarse que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario conforme a la jurisprudencia anterior, no procede reembolso alguno por parte de la entidad financiera por este concepto. Todo ello sin perjuicio del matiz sobre el timbre de la cuota fija introducido por las SSTS de 15 marzo de 2018 (ROJ STS 848/2018 y STS 849/2018), que es nuevamente aplicado en estas sentencias.

Este posicionamiento es el que han aplicado con posterioridad las Audiencias Provinciales, aunque se hayan seguido dictando alguna resolución en sentido contrario en primera instancia según lo comentado en el apartado II.1 de este trabajo. Ejemplos del seguimiento de esta jurisprudencia contenida en las SSTS, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019) lo podemos encontrar en las SSAP de Barcelona, Sec. 15.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1066/2019), de Lugo, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2019 (ROJ SAP LU 193/2019), de Barcelona, Sec. 15.<sup>a</sup>, de 4 de abril de 2019 (ROJ SAP B 3288/2019), de Gerona, Sec. 2.<sup>a</sup>, de 5 de abril de 2019 (ROJ SAP GI 397/2019), entre otras.

#### IV. SITUACIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL REAL DECRETO-LEY 17/2018

El Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (en lo sucesivo referido como el RDL 17/2018), ha aclarado de forma precisa la cuestión analizada en este estudio.

Así, en el apartado uno de su artículo único por el que se modifica la regulación del controvertido impuesto, se establece:

«Se modifica el artículo 29, que queda redactado como sigue:

“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 préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”».

Por consiguiente, es indubitable que el RDL 17/2018 determina que el sujeto pasivo en los casos analizados es el prestamista. Ahora bien, aunque existía la posibilidad de haber establecido tal configuración con efecto retroactivo en virtud del artículo 2.3 del Código civil, (puesto que como no es una norma penal o sancionadora administrativa no se habría vulnerado el artículo 25 de la Constitución Española de 1978), el propio RDL 17/2018 precluyó tal posibilidad al indicar en el apartado IV de su Exposición de Motivos:

«Finalmente, cabe señalar que la modificación normativa se aplicará a aquellos hechos imponibles que se devenguen en adelante, es decir, a las escrituras públicas que se formalicen a partir de la entrada en vigor de la norma».

Más allá de su valor para efectuar una interpretación teleológica en virtud del precepto 3.1 del Código civil, la falta de retroactividad está clara porque esta no se contempla en todo el RDL 17/2018. Y sin embargo la indicada norma fija su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado en su disposición final tercera. Lo cual tuvo lugar el 9 de noviembre de 2018<sup>20</sup>.

Este criterio también ha sido claramente fijado por el Tribunal Supremo en sus resoluciones de la Sala Primera de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 102/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019). En particular (aunque la literalidad es la misma en todas ellas), en la STS, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 105/2019), en su Fundamento de Derecho Tercero se dice:

«Y no quedan cuestionadas por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna».

Por lo tanto, en el supuesto de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria otorgadas a partir del 10 de noviembre de 2018 el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados es el prestamista. Pero para las otorgadas con anterioridad, salvo que el Tribunal Supremo cambie su criterio consolidado en sus SSTS de la Sala Tercera de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3885/2018, STS 3887/2018 y STS 3888/2018) y de la Sala Primera de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019), el sujeto pasivo es el prestatario.

## V. CONCLUSIONES

Del estudio de la jurisprudencia y regulación analizada en este trabajo pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre el reembolso del AJD por las entidades financieras prestamistas en supuestos de abusividad de las condiciones generales de asunción de impuestos contenidas en los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores:

I. Tradicionalmente, y con independencia de los diversos cambios normativos que fueron produciéndose a lo largo del tiempo, la jurisprudencia había considerado al prestatario como el sujeto pasivo del AJD en los casos de préstamo hipotecario.

II. La imposición en una condición general de un préstamo hipotecario celebrado con un consumidor de todos los gastos e impuestos relacionados con el mismo sin discriminación ni matices es abusiva conforme a las SSTS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015), de 15 de marzo de 2018 (ROJ STS 848/2018 y STS 849/2018) y de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 102/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019). Lo cual supone la nulidad

de la cláusula y la obligación de reembolsar las cantidades indebidamente abonadas en virtud de la aplicación de condición general anulada. Pero no puede existir obligación de reembolsar tales importes cuando el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario, porque este hubiera tenido que pagar tal impuesto en todo caso con independencia de la abusividad y consecuente nulidad de la provisión litigiosa.

III. La Sección 2.<sup>a</sup> de la Sala Tercera del Alto Tribunal alegó modificar la comentada jurisprudencia en tres pronunciamientos de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018, STS 3511/2018 y STS 3519/2018). Conforme a estas resoluciones el sujeto pasivo es el acreedor hipotecario (la entidad financiera prestamista en esta clase de pleitos).

IV. El Pleno del Alto Tribunal ha revocado tal cambio jurisprudencial y ha reafirmado en sus dos sentencias de la Sala Primera de 15 de marzo de 2018 (ROJ STS 848/2018 y STS 849/2018), tres de la Sala Tercera, de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3885/2018, STS 3887/2018 y STS 3888/2018) y cuatro de la Sala Primera de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019) la jurisprudencia tradicional, confirmando que el sujeto pasivo del AJD en estos casos es el prestatario consumidor, sin que proceda condena a su desembolso. Todo ello sin perjuicio de la posible nulidad por abusividad de la correspondiente condición general.

V. En las SSTS, Sala Primera, de 15 de marzo de 2018 (ROJ STS 848/2018 y STS 849/2018) adicionalmente se ha precisado que en estos supuestos, el coste del timbre de la cuota fija del AJD de la matriz de la escritura del préstamo hipotecario se reparte por mitades entre el prestatario y el prestamista mientras no haya pacto que lo distribuya de manera diferente. Asimismo, en estas resoluciones se ha señalado que el timbre de las copias de la referida escritura pública corresponde a quien las solicite.

VI. Tras la entrada en vigor el pasado 10 de noviembre de 2018 del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, es indudable que el prestamista es el sujeto pasivo del AJD porque así lo establece su artículo único. Dicho Real Decreto-ley no establece su eficacia retroactiva, por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código civil y las SSTS, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019), no puede aplicarse esta nueva configuración del sujeto pasivo del AJD a préstamos hipotecarios suscritos antes del 10 de noviembre de 2018.

## VI. BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA

EL MUNDO (2018). *El Supremo cambia de criterio y establece que el impuesto de las hipotecas lo deben pagar los bancos*. Recuperado en <https://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2018/10/18/5bc84491e5fdeaca258b463d.html>, con acceso el 14 de abril de 2019.

EL PAÍS (2018). *Revés del Supremo a los bancos: son ellos y no el cliente quienes deben pagar el impuesto de las hipotecas*. Recuperado en [https://elpais.com/economia/2018/10/18/actualidad/1539850879\\_013794.html](https://elpais.com/economia/2018/10/18/actualidad/1539850879_013794.html), con acceso el 14 de abril de 2019.

EXPANSIÓN (2017). *Los jueces discrepan sobre el sujeto del tributo de la hipoteca*. Recuperado en <http://www.expansion.com/empresas/banca/2017/01/05/586d597b46163fd85c8b45d6.html>, con acceso el 12 de abril de 2019.

- IDEALISTA (2018). *Una de cada cinco Audiencias Provinciales obliga a la banca a devolver todos los gastos hipotecarios*. Recuperado en <https://www.idealista.com/news/finanzas/hipotecas/2018/01/16/762406-una-de-cada-cinco-audiencias-provinciales-obliga-a-la-banca-a-devolver-todos-los-gastos>, con acceso el 12 de abril de 2019.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- LAS PROVINCIAS (2018). *El Alto Tribunal unificará su doctrina sobre el tributo de actos jurídicos documentados porque una sección da la razón a la banca y otra al cliente*. Recuperado en <https://www.lasprovincias.es/economia/supremo-actos-juridicos-documentados-pago-20171124131147-nt.html>; con acceso el 12 de abril de 2018.
- MARÍN NARROS, H. D. (2019). Nulidad de la condición general de asunción de gastos de los préstamos hipotecarios y consecuente distribución y pago de los mismos (notaría y registro de constitución y cancelación de la hipoteca, tasación y gestoría) conforme a las SSTS de 23 de diciembre de 2015, de 23 de enero de 2019 y resto de jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 773, 1651-1690.
- MARÍN NARROS, H. D. (2017). Retroactividad, cosa juzgada, consideración de la condición del consumidor y superación del control de transparencia en los casos de cláusulas suelo según la doctrina contenida en las STJUE de 21 de diciembre de 2016, SSTS de 18 de enero de 2017, de 30 de enero de 2017, de 24 de febrero de 2017, de 9 de marzo de 2017 y ATS de 4 de abril de 2017. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 93, 2784-2805.
- PULIDO BEGINES, J. L. (2013). Los contratos de préstamo bancario y de apertura de crédito. En *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

## VII. JURISPRUDENCIA REFERENCIADA

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Sala Primera, de 22 de mayo de 2001 (ROJ STS 4233/2001).
- STS, Sala Tercera, de 19 de noviembre de 2001 (ROJ STS 9012/2001).
- STS, Sala Tercera, de 20 de enero de 2004 (ROJ STS 159/2004).
- STS, Sala Tercera, de 14 de mayo de 2004 (ROJ STS 3316/2004).
- STS, Sala Tercera, de 20 de enero de 2006 (ROJ STS 257/2006).
- STS, Sala Tercera, de 27 de marzo de 2006 (ROJ STS 1938/2006).
- STS, Sala Tercera, de 20 de junio de 2006 (ROJ STS 4976/2006).
- STS, Sala Tercera, de 31 de octubre de 2006 (ROJ STS 7141/2006).
- STS, Sala Tercera, de 6 de mayo de 2015 (ROJ STS 2088/2015).
- STS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015).
- STS, Sala Primera, de 3 de junio de 2016 (ROJ STS 367/2016).
- STS, Sala Primera, de 18 de enero de 2017 (ROJ STS 123/2017).
- STS, Sala Primera, de 30 de enero de 2017 (ROJ STS 328/2017).
- STS, Sala Primera, de 9 de marzo de 2017 (ROJ STS 788/2017).
- STS, Sala Primera, de 15 de marzo de 2018 (ROJ STS 848/2018).
- STS, Sala Primera, de 15 de marzo de 2018 (ROJ STS 849/2018).

- STS, Sala Primera, de 11 de julio de 2018 (ROJ STS 2551/2018).
- STS, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018).
- STS, Sala Tercera, de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018).
- STS, Sala Tercera, de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018).
- STS, Sala Tercera, de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3885/2018).
- STS, Sala Tercera, de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3887/2018).
- STS, Sala Tercera, de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3888/2018).
- STS, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019).
- STS, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 102/2019).
- STS, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 103/2019).
- STS, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 104/2019).
- STS, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 105/2019).

#### RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Cáceres, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 13 de septiembre de 2017 (ROJ SAP CC 640/2017).
- SAP de Salamanca, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 28 de septiembre de 2017 (ROJ SAP SA 652/2017).
- SAP de La Coruña, Sec. 4.<sup>a</sup>, de 18 de octubre de 2017 (ROJ SAP C 2170/2017).
- SAP de León, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 26 de octubre de 2017 (ROJ SAP LE 1056/2017).
- SAP de La Rioja, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 31 de octubre de 2017 (ROJ SAP LO 265/2017).
- SAP de Baleares, Sec. 5.<sup>a</sup>, de 7 de noviembre de 2017 (ROJ SAP IB 1910/2017).
- SAP de Cantabria, Sec. 4.<sup>a</sup>, de 8 de noviembre de 2017 (ROJ SAP S 467/2017).
- SAP de Huelva, Sec. 2.<sup>a</sup>, de 19 de diciembre de 2017 (ROJ SAP H 817/2017).
- SAP de Granada, Sec. 3.<sup>a</sup>, de 25 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 469/2018).
- SAP de Barcelona, Sec. 15.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1066/2019).
- SAP de Lugo, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2019 (ROJ SAP LU 193/2019).
- SAP de Barcelona, Sec. 15.<sup>a</sup>, de 4 de abril de 2019 (ROJ SAP B 3288/2019).
- SAP de Gerona, Sec. 2.<sup>a</sup>, de 5 de abril de 2019 (ROJ SAP GI 397/2019).

#### PRONUNCIAMIENTOS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI núm. 90/2017 del núm. 7 de Terrasa de 5 de abril de 2017.
- SJPI núm. 79/17 del núm. 2 de Igualada de 27 de abril de 2017.
- SJPI núm. 174/2017 del núm. 1 de Benidorm de 5 de junio de 2017.
- SJPI núm. 172/2017 del núm. 6 de Granollers de 12 de junio de 2017.
- SJPI núm. 143/17 del núm. 1 de Vic de 19 de junio de 2017.
- SJPI núm. 2/2017 del núm. 101 bis de Madrid de 7 de septiembre de 2017.
- SJPI núm. 50016/2017 del núm. 11 de Bilbao de 9 de septiembre de 2017.
- SJPI del núm. 4 de Mérida de 11 de septiembre de 2017.
- SJPI del núm. 6 bis de Las Palmas de Gran Canaria de 15 de septiembre de 2017.
- SJPI núm. 141/2017 del núm. 50 de Barcelona de 19 de septiembre de 2017.
- SJPI núm. 177/2017 del núm. 2 de Palencia de 28 de septiembre de 2017.
- SJPI núm. 5/2017 del núm. 10 bis de Sevilla de 3 de octubre de 2017.
- SJPI núm. 193/2017 del núm. 101 bis de Madrid de 16 de octubre de 2017.
- SJPI núm. 203/2017 del núm. 6 de Zamora de 17 de octubre de 2017.

- SJPI núm. 1/2017 del núm. 11 bis de Murcia de 23 de octubre de 2017.
- SJPI núm. 426/17 del núm. 1 de San Fernando de 6 de febrero de 2018.
- SJPI núm. 72/2018 del núm. 7 bis de La Coruña de 19 de marzo de 2018.
- SJPI núm. 858/2018 del núm. 18 bis de Málaga de 19 de octubre de 2018.
- SJPI núm. 942/2018 del núm. 18 bis de Málaga de 12 de noviembre de 2018.
- SJPI núm. 2843/18 del núm. 25 bis de Valencia de 21 de noviembre de 2018.
- SJPI núm. 52/2019 del núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria de 6 de marzo de 2019.

## NOTAS

<sup>1</sup> Vid. Puyol Montero, F. J. y Fluiters Casado, R. (dirs.) (2004) y Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A. (coords.) (2013).

<sup>2</sup> Vid. MARÍN NARROS, H. D. (2019).

<sup>3</sup> La protección se dispensa principalmente por esa doble condición. Resulta ilustrativo a estos efectos que el Tribunal Supremo haya precisamente atendido a la negociación de la cláusula para estimar la validez y falta de abusividad de una cláusula suelo en su STS de 9 de marzo de 2017 (ROJ STS 788/2017).

<sup>4</sup> Cfr. SSTS, Sala Primera, de 3 de junio de 2016 (ROJ STS 367/2016), de 18 y de 30 de enero de 2017 (ROJ STS 123/2017 y STS 328/2017 respectivamente), entre otras. De igual manera cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2017).

<sup>5</sup> Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.

<sup>6</sup> Que señala: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

<sup>7</sup> Cfr. Expansión (2017); Idealista (2018); Las Provincias (2018).

<sup>8</sup> Vid. El Mundo (2018), El País (2018).

<sup>9</sup> Cfr. Fundamento de Derecho Quinto de la resolución analizada.

<sup>10</sup> Cfr. Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia comentada.

<sup>11</sup> Cfr. PULIDO BEGINES, J. L. (2013). Los contratos de préstamo bancario y de apertura de crédito. En Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A. (coords.) (2013).

<sup>12</sup> Cfr. STS, Sala Primera, de 22 de mayo de 2001 (ROJ STS 4233/2001), entre otras.

<sup>13</sup> Vid. *ut supra* apartado I de este trabajo.

<sup>14</sup> Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto de ambas resoluciones citadas.

<sup>15</sup> Cfr. Fundamento de Derecho Sexto apartado 5 de ambas sentencias.

<sup>16</sup> Cfr. Fundamento de Derecho Sexto, apartados 6 y 7. La otra resolución de la misma fecha tiene la misma literalidad.

<sup>17</sup> Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

<sup>18</sup> Cfr. Fundamento de Derecho Octavo de la STS, Sala Tercera, de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3887/2018). Aunque se puede observar la misma literalidad en los otros dos pronunciamientos comentados de la misma fecha.

<sup>19</sup> Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

<sup>20</sup> Lo cual puede constatarse en la página web oficial del Boletín Oficial del Estado. Recuperado en <https://www.boe.es/boe/dias/2018/11/09/>, con acceso el 10 de abril de 2019.