



---

## **Análisis de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (Recursos 1211/2017 y 1518/2017). La obligación del pago de AJD en la constitución de hipotecas recae sobre el prestatario.**

**Núria Nicolau**

Socio

[nuria.nicolau@cuatrecasas.com](mailto:nuria.nicolau@cuatrecasas.com)

**Meritxell Yus**

Socio

[meritxell.yus@cuatrecasas.com](mailto:meritxell.yus@cuatrecasas.com)

*Las dos sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (recursos núm. 1211/2017 y 1518/2017, respectivamente) dictadas en sendos recursos de casación contra las sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo de 1 de febrero de 2017 (recurso núm. 525/2016) y de 17 de febrero de 2017 (recurso núm. 8/2017), aclaran la interpretación que debe darse a las cláusulas abusivas desde el punto de vista de consumidores y usuarios cuando estas se refieren a los tributos que deben satisfacerse como consecuencia de formalización de préstamos hipotecarios, y concluyen que el responsable del pago de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados (AJD) del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), en su cuota gradual, es el prestatario.*

### **1. Introducción**

Históricamente se ha venido discutiendo el elevado coste que el AJD supone en el sector inmobiliario, ya que en un mismo proyecto inmobiliario deben otorgarse multitud de escrituras públicas por las que se devenga esta modalidad del ITPAJD y que pueden llegar a poner en riesgo la rentabilidad de un proyecto. Otras de las cuestiones largamente debatidas es la compatibilidad o no del AJD con el principio constitucional de capacidad económica regulado en el artículo 31 de la Constitución española y en el artículo 2.2.c de la Ley General Tributaria<sup>1</sup>. Y especial atención en esta controversia merece la cuestión que ahora nos ocupa: la tributación de los préstamos

---

<sup>1</sup> Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.



hipotecarios, y en especial la adecuación jurídica de la previsión contenida en los artículos 8.d y 15 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados<sup>2</sup> (LITPAJD) y el artículo 68 del Reglamento de este impuesto<sup>3</sup>, que prevén que en los préstamos hipotecarios el sujeto pasivo del AJD es el prestatario, mientras que en la constitución de derechos reales de hipoteca no vinculadas a un préstamo el sujeto pasivo es aquél en cuyo favor se constituyen, cuestión sobre la que ya han fallado nuestros tribunales en varias ocasiones confirmando su adecuación jurídica<sup>4</sup> y el encaje de estos preceptos con la Constitución<sup>5</sup>.

Tras la larga controversia doctrinal y jurisprudencial relativa a la validez jurídica y posible inconstitucionalidad de los preceptos citados, la cuestión se suscita de nuevo, esta vez desde un punto de vista civil, planteándose si las cláusulas de gastos e impuestos en los contratos de préstamo hipotecarios firmados entre los bancos prestamistas y los consumidores prestatarios pueden ser calificadas de abusivas.

## **2. Análisis de las sentencias de 15 de marzo de 2018 en lo que se refiere al obligado al pago de la cuota variable de AJD en los préstamos hipotecarios**

En el marco de procedimientos relativos a la validez de determinadas cláusulas en contratos bancarios por infracción de la normativa de defensa de consumidores y usuarios, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo entra a dilucidar acerca de la posible nulidad de una cláusula, absolutamente generalizada en la formalización de préstamos hipotecarios, que establece que son de cargo del prestatario los gastos de tasación del inmueble hipotecado así como los gastos y tributos de formalización de la escritura y de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La Audiencia Provincial había declarado nulas tales cláusulas, con excepción de las estipulaciones relativas a los tributos. Así, el recurso de casación se circunscribe a la cuestión sobre si una cláusula que atribuye al prestatario la totalidad del pago de impuestos es abusiva al no realizar distinción sobre quien es el sujeto pasivo del tributo. El precepto cuya infracción se discute es el

---

<sup>2</sup> Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

<sup>3</sup> Aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

<sup>4</sup> Entre otras, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de noviembre de 2001 [RC 2196/1996]; 23 de noviembre de 2001 [RC 2533/1996]; 20 de enero de 2004 [RC 158/2002]; 14 de mayo de 2004 [RC 4075/1999]; 20 de enero de 2006 [RC 693/2001]; 27 de marzo de 2006 [RC 1839/2001]; 20 de junio de 2006 [RC 2794/2001]; 31 de octubre de 2006 [RC 4593/2001]; 6 de mayo de 2015 [RC 3018/2013]; o 22 de noviembre de 2017 [RC 3142/2016]).

<sup>5</sup> Autos del Tribunal Constitucional 24/2005 de 18 de enero, y 223/2005, de 24 de mayo



artículo 89.3 c) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGCU)<sup>6</sup> que prevé que será considerada abusiva aquella *estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.*

Uno de los argumentos esgrimidos por el recurrente era la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (rec. 2658/2013) dictada en el marco de una acción colectiva de la OCU en la que se declaró una cláusula similar como abusiva al no hacer distinción alguna. En aquel caso dispuso el Tribunal Supremo 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”.*

Esta doctrina aislada, que levantó muchas expectativas entre los consumidores, entra en flagrante contradicción con la jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo que, tal como se ha expuesto, se ha pronunciado de modo reiterado concluyendo que, tanto en préstamos como en créditos hipotecarios, el sujeto pasivo de la cuota variable del AJD es el prestatario. Si bien podría entenderse que hay una cierta contradicción en el artículo 8 LITPAJD, entre el apartado c) que establece que en la constitución de derechos reales (hipoteca) el sujeto pasivo será aquel a cuyo favor se constituya el acto (la entidad acreedora hipotecaria) y el apartado d) que establece que, en la constitución de préstamos, el sujeto pasivo será el prestatario, esta discordancia queda resuelta en el artículo 15.1 LITPAJD que determina que la constitución de hipoteca en garantía de un préstamo tributará, exclusivamente, por concepto de préstamo. De este modo, queda claro que la voluntad del legislador es la consideración de unicidad del hecho imponible alrededor de la figura del préstamo y que, por tanto, el sujeto pasivo es, en todo caso, el prestatario.

A pesar de la existencia de la citada sentencia de 23 de diciembre de 2015, la gran mayoría de juzgados y audiencias provinciales no han apreciado la alegada abusividad de las cláusulas sobre los tributos que gravan los préstamos hipotecarios, en la medida que consideran que las sentencias de lo contencioso administrativo en la materia son unánimes y señalan como sujeto obligado al pago del tributo al prestatario, por lo que no se produce un desplazamiento de la carga tributaria al consumidor.

---

<sup>6</sup> Aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.



En las sentencias ahora objeto de análisis de 15 de marzo de 2018, el Tribunal Supremo, si bien no obvia la existencia de su pronunciamiento de 23 de diciembre de 2015, recuerda que corresponde en todo caso a la jurisdicción contencioso administrativa la interpretación de las normas tributarias, en especial cuando la controversia versa sobre la determinación del sujeto pasivo que resulta obligado al pago. Destaca el tribunal que se trata de una cuestión legal de carácter fiscal, que no puede ser objeto de control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de protección de consumidores.

El Tribunal Supremo también trae a colación la citada doctrina del Tribunal Constitucional que, ante las legítimas dudas planteadas por los contribuyentes, declara que es una opción de política legislativa válida establecer que el sujeto pasivo, en la modalidad de AJD, sea la persona que se beneficia de la concesión del préstamo, esto es, el prestatario.

A partir de estas reflexiones, se aleja, sin admitirlo expresamente, de lo dicho en la citada sentencia de 23 de diciembre de 2015 y reconoce que, tanto en préstamos como en créditos hipotecarios, el sujeto pasivo del AJD es el prestatario.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal Supremo estima ambos recursos de casación porque considera que la cláusula en sí misma es abusiva, al atribuir indiscriminadamente y sin distinción la totalidad de gastos e impuesto al prestatario. No obstante, deja bien claro que no corresponde a la entidad acreedora prestamista el pago de la cuota gradual del Impuesto sobre AJD, ya que el sujeto pasivo desde el punto de vista fiscal es el prestatario. Puntualiza a continuación que el derecho de cuota fija o timbre notarial, respecto de la matriz, y de acuerdo con la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo, corresponde al prestatario, salvo que exista un pacto entre las partes. Añade que en la medida que el préstamo hipotecario es inescindible, es tanto parte interesada el consumidor (por la obtención del préstamo) como el prestamista (por la hipoteca) por lo que es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto, añadiendo que, en cuanto a las copias, será sujeto pasivo quien las solicite.

### **3. Conclusión**

Las recientes sentencias de 15 de marzo de 2018 suponen un cambio de criterio por parte de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en relación con una doctrina que, aunque aislada, era a su vez contradictoria con la jurisprudencia pacífica de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo, sala competente en materia tributaria.



Las cláusulas indiscriminadas que, sin matizar, hagan recaer la totalidad de la carga tributaria en el prestamista /consumidor serán abusivas. Sin embargo, no podrá ser considerado abusivo que se le traslade el coste del tributo que debe legalmente soportar.

La reflexión que, en todo caso, creemos que debe seguir viva es la del encaje de la cuota variable de AJD en el principio de capacidad económica, y no solamente respecto de la operación que nos ocupa, sino de otros muchos actos que por el mero hecho de documentarse en escritura pública y tener acceso al Registro de la Propiedad ya devengan este impuesto, suscitando en no pocos casos muchas dudas en cuanto a la determinación de la cuota a pagar, generando una gran inseguridad jurídica y un elevado coste económico.

Publicado en: Revista Inmueble, 03/04/2018.