

Declaración de nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios. Implicaciones respecto del impuesto sobre actos jurídicos documentados

Bárbara Mambrilla Lorenzo

*Asociada senior del Área de Fiscal
de Gómez-Acebo & Pombo*

Pilar Álvarez Barbeito

*Consejera académica
de Gómez-Acebo & Pombo*

Ante los numerosos procedimientos iniciados por parte de los clientes de entidades bancarias para obtener la declaración de nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario en las que se establece el pago (entre otros gastos) de los tributos que gravan el préstamo, como consecuencia de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de fecha 23 de diciembre del 2015, en el recurso 2658/2013, procede analizar la normativa aplicable y la jurisprudencia más destacada hasta la fecha, a fin de concluir sobre la procedencia del reembolso a dichos clientes, por parte de las entidades bancarias, de los tributos satisfechos por éstos con motivo de la formalización de sus préstamos hipotecarios.

1. Antecedentes

Como consecuencia de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de fecha 23 de diciembre del 2015, en el recurso 2658/2013 se han iniciado por parte de los clientes de entidades bancarias numerosos procedimientos tendentes a obtener la declaración de nulidad (entre otras) de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario en las que se establece el pago de una serie de gastos por parte del prestatario, sobre la base de su posible consideración como cláusulas abusivas, toda vez que, con carácter general, no permiten una distribución equitativa de los gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación, modificación y ejecución del contrato.

Entre dichos gastos se encuentran los correspondientes a los tributos que gravan el préstamo hipotecario que *de facto* se circunscriben al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (IRPAJD), en su modalidad de actos jurídicos documentados —AJD— (documentos notariales, cuota fija y cuota variable).

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Como consecuencia de lo anterior, los clientes de entidades bancarias que han suscrito contratos de préstamo hipotecario que contienen una cláusula en la que se prevé que el pago de todos los tributos que gravan el préstamo hipotecario corresponderá al prestatario están reclamando a las citadas entidades el pago de una parte de dicho gasto y recurriendo en la mayoría de los casos, ante la negativa por parte de aquéllas, a procedimientos judiciales en los que instan la declaración de nulidad de dichas cláusulas.

La presente nota contiene un análisis de la jurisprudencia más destacada existente hasta la fecha a partir de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, así como de la normativa que resulta aplicable, en relación con la regulación del pago de los tributos que gravan los préstamos hipotecarios y las conclusiones a las que debe llevar dicho análisis.

2. Pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia: la sentencia del Tribunal Supremo y sentencias posteriores

2.1. La sentencia del Tribunal Supremo

La citada sentencia del Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por dos entidades bancarias contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en recurso de apelación, la cual declaró el carácter abusivo y, en consecuencia, la nulidad de determinadas estipulaciones, entre las que se encontraba la cláusula de gastos relativos a la tramitación del contrato de préstamo hipotecario.

La cláusula en cuestión atribuía a la parte prestataria «todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación —incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía— y ejecución del contrato».

Pues bien, en relación con esta previsión contenida en la cláusula general de gastos controvertida, el Tribunal Supremo estimó que debía reputarse nula en cuanto abusiva, al imputar al consumidor en exclusiva y sin distinción alguna los tributos derivados del préstamo.

El Tribunal Supremo basa su conclusión en lo previsto en el artículo 89.3c del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), el cual, en lo que atañe a la tributación en la compraventa de viviendas, califica de cláusulas abusivas aquellas estipulaciones que impongan al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario.

Asimismo, el Tribunal Supremo analiza en la sentencia lo previsto en el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRLITPAJD), que dispone que «[e]stará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: [...] d) En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario».

Adicionalmente, el tribunal cita el artículo 15 del TRLITPAJD, que establece que 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.

Sin embargo, analizados ambos preceptos, que se refieren a la constitución de préstamos y garantías hipotecarias sobre éstos, desde el punto de vista de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas (TPO) del impuesto, el tribunal cita el artículo 27 del TRLITPAJD, conforme al que quedan sujetos a la modalidad de actos jurídicos documentados los documentos notariales, siendo sujeto pasivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 del mismo texto legal (según la sentencia del Tribunal Supremo¹), 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.

Como consecuencia de la interpretación de los preceptos señalados anteriormente, el Tribunal Supremo concluye que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse de la operación y especifica que, al menos en lo que respecta a los actos jurídicos documentados, la entidad bancaria prestamista «será sujeto pasivo en lo que respecta a la constitución del derecho de garantía hipotecaria y, en todo caso, en la expedición de las copias, actas y testimonios que interese» (siendo exigible en este último caso únicamente la cuota tributaria fija). En consecuencia, concluye que la cláusula en cuestión debe reputarse nula, porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo e infringe el artículo 89.3c TRLGDCU, que considera abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

2.2. *Otras sentencias posteriores a la mencionada sentencia del Tribunal Supremo que dirimen la cuestión objeto de análisis*

Como se ha citado anteriormente, con posterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo algunos clientes de entidades financieras han iniciado procedimientos tendentes a obtener el reembolso de al menos una parte de los gastos en que hayan incurrido como consecuencia de la constitución de préstamos hipotecarios de los que son prestatarios, entre los que se encuentran procedimientos judiciales para obtener la declaración de nulidad de la cláusula que regula dichos gastos.

Entre los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos en resolución de algunos de estos procedimientos cabe citar las siguientes sentencias:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5 —Civil—), de 4 de abril del 2016 (rec. 507/2015), que reproduce los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo y hace hincapié en el hecho de que las cláusulas de gastos a cargo de la prestataria establecen el pago de los tributos que gravan el préstamo hipotecario sin hacer distinción alguna, limitando los derechos que sobre la distribución de la carga tributaria están previstos en la legislación fiscal.

¹ Si bien esta referencia debe considerarse hecha al artículo 29.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15 —Civil—), de 17 de octubre del 2016 (rec. 114/2015), que, si bien declara la nulidad de algunos de los pactos de la cláusula quinta de los contratos objeto de controversia, la cual prevé la obligación del prestatario de abonar los gastos del contrato (entre los que se encuentra *el relativo al impuesto de actos jurídicos documentados*), hace una precisión de gran relevancia al especificar (el resalte en cursiva es nuestro) lo siguiente:

No obstante, de ello no se deriva que hagamos juicio alguno sobre la improcedencia del pago de estos conceptos por parte de la actora, pues a ello no nos obliga la demanda, ya que no existe acción sobre devolución de cantidades. Lo que queremos decir es que *habrá que estar en cada caso a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportar los gastos, como si esa estipulación no existiera. Por tanto, nuestra nulidad es parcial y está referida exclusivamente al contenido del pacto que pueda modificar el régimen de atribución del derecho positivo.*

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8 —Civil—), de 4 de noviembre del 2016 (rec. 285/2016). Afirma que la operación está sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados, cuyo sujeto pasivo es el adquirente, considerándose en este caso por tal el prestatario, de modo que la cláusula no alteraría la norma tributaria referida al obligado al pago y no coloca al consumidor en una posición menos favorable que la prevista por la ley. No obstante, en el caso que es objeto de análisis en esta sentencia, la cláusula disponía: «... serán de cuenta de la prestataria [...] los gastos y tributos presentes y futuros que graven la operación, incluidos aquellos impuestos en que el obligado a pago sea el banco...». En consecuencia, la cláusula no asignaba al prestatario un determinado impuesto que por ley le corresponde, sino que, con generalidad, le atribuía cualquier impuesto originado por la escritura y su cancelación, sin especificar cuáles, de modo que se traslada al consumidor todo tipo de tributos, sin información alguna acerca del alcance real de la estipulación, la cual, es obvio, no puede alterar válidamente la determinación del sujeto pasivo del impuesto. *Y de estimar que se está refiriendo únicamente al impuesto de actos jurídicos documentados (que no es así) sería una cláusula inútil, superflua, cuya inclusión perturba el correcto entendimiento de la asignación de costes tributarios de acuerdo con la ley.* A tenor de la anterior argumentación, el tribunal declara la nulidad de la cláusula de gastos de los contratos de préstamo hipotecario analizados.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Granollers (procedimiento civil), de 21 de diciembre del 2016 (rec. 932/2016), en la que, con argumentación idéntica a la ofrecida en la sentencia del Tribunal Supremo, el juzgado concluye que «la entidad prestamista [...], 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 copias, actas y testimonios que interese». En este sentido, el juzgado puntualiza: «Hágase notar que en la escritura de préstamos se impone al prestatario el pago del gasto de la primera copia de la escritura para la entidad acreedora y la gestión de los impuestos que la graven. Por lo que igualmente, a no quedar acreditada [*sic*] haberse pactado dicha cláusula de manera individual con el cliente consumidor, debe ser declarada nula por abusiva».

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Oviedo (procedimiento civil), de 9 de diciembre del 2016 (rec. 538/2016). A diferencia de las anteriores, esta sentencia desestima la pretensión de obtener la nulidad de la parte de la cláusula de gastos que establece el pago de los tributos de la operación, ya que, como consecuencia de ella no se produce un desplazamiento de la carga tributaria que debía soportar la entidad bancaria hacia el consumidor ni, por ende, puede considerarse abusiva. Ante la argumentación relativa al carácter genérico de la cláusula, al referirse a «todos los impuestos de esta operación», el juzgado concluye que se trata de un argumento artificioso, ya que la operación no estaba sujeta a otro tributo (aparte del ITPAJD, en su modalidad de actos jurídicos documentados). Por ello, «resultaría superflua la declaración de nulidad pretendida, ya que la consecuencia de ésta sería la expulsión de la cláusula del contrato, con la consecuencia de que el tributo ha de soportarlo quien viene obligado a su pago, sin previsión de repercusión en un tercero».

3. Análisis de la normativa aplicable

Conocida la jurisprudencia emanada por los órganos jurisdiccionales, en la resolución de los procedimientos iniciados por clientes de diferentes entidades bancarias para obtener la declaración de nulidad de las cláusulas que establecen el pago de los impuestos que gravan los préstamos hipotecarios, procede realizar un análisis completo de la normativa que resulta aplicable.

La norma fundamental en la que se basan las pretensiones de los recurrentes en los citados procedimientos, en lo que respecta a los tributos que gravan los préstamos hipotecarios, el artículo 89.3c del TRLGCU, dispone:

Artículo 89. Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato

En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

[...]

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

[...]

- c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

En cuanto a los efectos de las cláusulas abusivas, el artículo 83 del mismo texto legal dispone lo siguiente:

Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Adicionalmente, debe tomarse en consideración lo previsto en el artículo 80 del TRLGCU, que establece (el resalte en cursiva es nuestro):

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones Públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:
 - a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.
 - b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.
 - c) *Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.*

[...]

Por tanto, de acuerdo con la normativa de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, las cláusulas de gastos de los contratos de préstamo hipotecario objeto de controversia (no negociadas individualmente) deben cumplir con el requisito de buena fe y justo equilibrio entre derechos y obligaciones y en ningún caso pueden imponer al consumidor (prestatario) el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (prestamista).

En lo que respecta a los tributos que gravan una operación, el equilibrio entre los derechos y obligaciones vinculados al pago de aquéllos viene determinado, en todo caso, por lo previsto en la legislación aplicable, en cuanto a la determinación del sujeto pasivo. Por tanto, para concluir sobre el cumplimiento de este requisito por parte de estas cláusulas y su posible calificación como abusivas por imponer al prestatario el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el prestamista, debe analizarse qué tributos gravan la operación (la constitución de una hipoteca en garantía de un préstamo y su formalización en una escritura pública otorgada ante notario).

Como se ha citado anteriormente y recoge la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, el artículo 15 del TRLITPAJD establece de manera expresa que 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.

En el caso que nos ocupa, dado que estamos ante hipotecas que se han constituido para garantizar préstamos concedidos por entidades bancarias (sujetos pasivos del impuesto sobre el valor añadido actuando en el ejercicio de su actividad empresarial), no es posible su tributación en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD, ya que el artículo 7 del TRLITPAJD, en su apartado 5, establece la no sujeción a dicha modalidad de las operaciones realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial

o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al impuesto sobre el valor añadido (IVA).

No obstante, en el caso de operaciones que, por aplicación de lo previsto en el artículo 7.5 del TRLITPAJD, no estén sujetas a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del impuesto, cabe analizar su posible tributación en la modalidad de actos jurídicos documentados.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 27 del TRLITPAJD, quedan sujetos a la modalidad de actos jurídicos documentados del ITPAJD, entre otros, los documentos notariales.

Por su parte, el artículo 28 determina la sujeción a esta modalidad, en cuanto al gravamen de documentos notariales, de las escrituras, actas y testimonios notariales, en los términos que establece el artículo 31.

El artículo 31 regula la forma de pago del impuesto en su modalidad de actos jurídicos documentados (documentos notariales —actas, escrituras y testimonios—) (el resalte en cursiva es nuestro):

1. Las matrices y las copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios, se extenderán, en todo caso, en papel timbrado de 0,30 euros por pliego o 0,15 euros por folio, a elección del fedatario. Las copias simples no estarán sujetas al impuesto.
2. Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al impuesto sobre sucesiones y donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta ley (TPO y operaciones societarias), tributarán, *además*, al tipo de gravamen que, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, haya sido aprobado por la comunidad autónoma.

Si la comunidad autónoma no hubiese aprobado el tipo a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará el 0,50 por 100, en cuanto a tales actos o contratos.

3. Por el mismo tipo a que se refiere el apartado anterior y mediante la utilización de efectos timbrados tributarán las copias de las actas de protesto.

El artículo 32 especifica, respecto de las segundas copias, que lo dispuesto en el artículo 31.1 (cuota fija) será de aplicación a la segunda y sucesivas copias expedidas a nombre de un mismo otorgante.

Por tanto, por aplicación de la legislación aplicable, la única tributación que se deriva de los préstamos hipotecarios objeto de controversia es la que corresponde a las escrituras otorgadas ante notario para formalizar la constitución de las correspondientes hipotecas en garantía de los préstamos, que es la derivada de la sujeción a la modalidad de actos jurídicos documentados

(documentos notariales) tanto en su componente fijo, que grava las matrices y copias, como en su componente variable, que grava las primeras copias.

El sujeto pasivo del ITPAJD, en su modalidad de actos jurídicos documentados (documentos notariales) tanto respecto de la cuota fija como de la variable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 del TRLITPAJD, es 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.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (RITPAJD) especifica que «[c]uando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

El motivo de la inclusión de este inciso en el artículo 68 reside en la consideración de que el derecho o bien que se vaya a adquirir a que se refiere el artículo 29 del TRLITPAJD es el préstamo que recoge el documento notarial, aunque se garantice mediante la constitución de hipoteca. Es decir, en un préstamo hipotecario, el adquirente es el prestatario (que es quien recibe la cantidad prestada y se obliga a su devolución), si bien el prestamista queda garantizado con el derecho real de hipoteca, pero sin adquirir tal derecho, pues dicho derecho real lo constituye precisamente el prestatario o un tercero, en su caso, sobre un bien de su propiedad.

Asimismo, el inciso incorporado en el citado artículo 68 es el resultado de la interpretación tradicional efectuada por el Tribunal Supremo respecto del concepto de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, que produce que la constitución de hipoteca en garantía de un préstamo tribute exclusivamente por el concepto de préstamo, como establece el artículo 15 del TRLITPAJD, siendo el sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho, o sea, el adquirente del préstamo, que es el prestatario.

Lo anterior queda reflejado con claridad y de forma unánime en la jurisprudencia emanada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en las sentencias de 20 de enero del 2004 (rec. 158/2002), de 20 de junio del 2006 (rec. 2794/2001) y de 31 de octubre del 2006 (rec. 4593/2001) que, de manera reiterada, ha concluido que «en la modalidad de documentos notariales del IAJD, el adquirente del bien o derecho al que hace referencia el artículo 29 del TRLITPAJD sólo puede ser el prestatario, no ya por un argumento similar al de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas —arts. 8.ºd, en relación con el 15.1 del TRLITPAJD y con el art. 18 de su reglamento—, sino porque el “derecho” a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque éste se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía». En definitiva, concluyen estas sentencias cuando el artículo 29 del texto refundido exige, entre otros que ahora no interesan, el requisito «de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca. Buena prueba de que es así la constituye el que el Reglamento vigente de 29 de mayo de 1995 —que, aun no aplicable al supuesto de autos, tiene un indudable valor interpretativo—, en el párrafo 2.º de su art. 68, haya especificado que “cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”».

En consecuencia, en virtud de la normativa aplicable y, de conformidad con el criterio manifestado de forma unánime por la jurisprudencia, el sujeto pasivo del ITPAJD en su modalidad de actos jurídicos documentados (documentos notariales, cuota fija y variable), en el caso de escrituras otorgadas ante notario para formalizar la constitución de hipotecas en garantía los préstamos, es el prestatario.

Por tanto, entendemos que las cláusulas generales de atribución al prestatario de los gastos correspondientes a los impuestos que gravan la operación contenidas en los contratos de préstamo garantizados con hipoteca no pueden considerarse abusivas, ya que, a pesar de la generalidad de sus términos, no imponen al prestatario el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es prestamista. En este sentido, es muy ilustrativa la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Oviedo (procedimiento civil), de 9 de diciembre del 2016 (rec. 538/2016), cuando dispone que el argumento del carácter genérico de la cláusula es artificioso ya que, a pesar de que estas cláusulas utilicen expresiones como «todos los impuestos de esta operación», la operación no está sujeta a otro tributo (aparte del ITPAJD, en su modalidad de actos jurídicos documentados) cuyo sujeto pasivo sea el prestatario y, por tanto, *«resultaría superflua la declaración de nulidad pretendida, ya que la consecuencia de ésta sería la expulsión de la cláusula del contrato, con la consecuencia de que el tributo ha de soportarlo quien viene obligado a su pago, sin previsión de repercusión a un tercero»*.

Si ésta debe ser la conclusión en cuanto a la posibilidad de obtener la nulidad de estas cláusulas, con mayor contundencia debe afirmarse que no hay base legal ni jurisprudencial para fundamentar cualquier acción de los clientes de entidades bancarias tendente a la obtención del reembolso del importe satisfecho por éstos en concepto de ITPAJD (modalidad de actos jurídicos documentados —documentos notariales—) con motivo de la formalización de hipotecas en garantía de préstamos concedidos por aquéllas.

En este sentido, es digna de destacar la conclusión de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15 —Civil—), de 17 de octubre del 2016 (rec. 114/2015), que declara la nulidad parcial de algunos de los pactos de la cláusula que prevé la obligación del prestatario de abonar los gastos del contrato (entre los que se encuentra «el relativo al impuesto de actos jurídicos documentados») y especifica que de ello no deriva que el pago de los impuestos por el prestatario sea improcedente, *debiendo estar a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportar los gastos, como si esa estipulación no existiera, de forma que la nulidad sólo debe afectar al pacto que pueda modificar el régimen de atribución del derecho positivo*.

No cabe duda de que el derecho positivo atribuye la condición de sujeto pasivo de la modalidad de actos jurídicos documentados (documentos notariales, cuota fija y variable) al prestatario y, por tanto, la declaración de nulidad de la cláusula contenida en un contrato de préstamo garantizado por hipoteca, conforme a la que todos los tributos de la operación deben satisfacerse por parte del prestatario, no tiene efecto alguno, ya que su supresión implica la aplicación de lo previsto en el TRLITPAJD y en el RITPAJD y, por tanto, el pago del único impuesto que grava la operación por el sujeto pasivo (el prestatario).

Como consecuencia necesaria de lo anterior, parece de todo punto improcedente plantear la posibilidad de que los prestatarios reclamen a las entidades prestamistas la devolución de al menos una parte de los importes satisfechos en concepto de ITPAJD (modalidad de actos jurídicos documentados) por la formalización de las escrituras que contienen estas

operaciones, ya que el pago de dichos importes se habría realizado en cumplimiento de una obligación legal.

Cabe puntualizar, no obstante, que respecto de la cuota fija de la modalidad de documentos notariales, en caso de que se insten o se soliciten segundas o ulteriores copias, será sujeto pasivo aquel que las inste o solicite. No obstante, este gravamen no se produce por la formalización de la operación en sí misma, sino que es consecuencia natural de la emisión de nuevas copias, empleando el papel timbrado existente al efecto. En consecuencia, no cabe deducir de las cláusulas en las que se establece que todos los impuestos que graven la operación serán a cargo del prestatario que ello impone a éste la obligación de satisfacer el ITPAJD, en su modalidad de actos jurídicos documentados (documentos notariales, cuota fija), cuando la entidad bancaria inste o solicite nuevas copias de las escrituras, ya que este gravamen se produce como consecuencia de la emisión de nuevas copias y no grava la operación en sí y, en todo caso, por aplicación de la ley, es la entidad bancaria la que realiza el pago del impuesto en esta modalidad.

No obstante, cabe destacar que, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 30 del TRLITPAJD, la base imponible de tal impuesto, en su modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales, cuota variable, 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. Por tanto, en la medida en que algunas de las cláusulas de los préstamos hipotecarios objeto de controversia incidan en alguno de los componentes de la base imponible del impuesto, los prestatarios podrán iniciar un procedimiento de devolución de ingresos indebidos ante la Administración tributaria con la finalidad de recuperar el exceso de la deuda tributaria ingresada como consecuencia de la incorrecta determinación de la base imponible.

4. Conclusiones

De acuerdo con lo anterior, la aplicación de lo previsto en el artículo 89.3c del TRLGDCU no debería implicar la declaración de nulidad de las cláusulas de gastos previstas en los contratos de préstamo garantizados con hipoteca en cuanto a la atribución al prestatario de la obligación de pago de todos los impuestos derivados de la operación, toda vez que el único impuesto que se devenga con motivo de la formalización de estas operaciones es el ITPAJD, en su modalidad de actos jurídicos documentados (documentos notariales, cuota variable), cuyo sujeto pasivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 68 del RITPAJD es el prestatario. Por tanto, estas cláusulas no modifican el régimen de atribución de la normativa aplicable y, en consecuencia, no pueden considerarse abusivas y, en todo caso, su nulidad no tiene efectos prácticos, sin perjuicio de la incidencia que pueda tener la nulidad de las cláusulas en las que se regulen componentes de la base imponible del impuesto en esta modalidad, dado que, como se ha apuntado, podría facultar a los sujetos pasivos para solicitar la devolución del exceso ingresado ante la Administración tributaria en los términos indicados.

Para más información consulte nuestra web www.gomezacebo-pombo.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@gomezacebo-pombo.com.

Barcelona | Bilbao | Madrid | Valencia | Vigo | Bruselas | Lisboa | Londres | Nueva York