

CASACIÓN núm.: 1518/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez

Guiu

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 148/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 15 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto constituida en pleno, el recurso de casación interpuesto por D. José Hernández García, representado por la procuradora D.^a Ana Belén Pérez Martínez bajo la dirección letrada de D. Celestino García Carreño, contra la sentencia núm. 63/2017, de 17 de febrero, dictada por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 8/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 113/2016

del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Avilés, sobre condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores. Han sido parte recurridas Banco Sabadell S.A., representado por el procurador D. Miguel Torres Álvarez y bajo la dirección letrada de D. Antonio Reija Doval; y Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D. Jesús Riesco Milla.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-*Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Nuria Arnáiz Llana, en nombre y representación de D. José Hernández García, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Sabadell S.A y contra Caixabank S.A en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«1º) Se declare el carácter abusivo, y en consecuencia la nulidad, de las siguientes estipulaciones, teniéndose por no puestas y extrañándolas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, conforme a los razonamientos expuestos en el cuerpo de esta demanda.

- Del contrato de préstamo hipotecario del Banco de Sabadell, S.A., las condiciones, segunda, tercera y sexta, identificadas de la siguiente manera:

a) Los aranceles notariales y registrales y los impuestos relativos a la constitución, modificación y cancelación de la hipoteca. (Segunda).

b) Los gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de Impuestos. (Tercera).

c) Los gastos y honorarios en caso de reclamación extrajudicial por causa de falta de pago de capital e intereses por parte de la parte prestataria. (Sexta).

- Del contrato de préstamo hipotecario de Caixabank, S.A., la condición TERCERA, sobre la imputación total de los gastos al adquirente, en los términos expuestos en el cuerpo de esta demanda.

»2º) Que se condene a Banco Sabadell, S.A., por aplicación del artículo 1.303 del C. Civil, a la devolución de las cantidades que hubiera percibido de la provisión de fondos efectuada por los gastos de constitución del préstamo con garantía hipotecaria que se deriven de las estipulaciones citadas, como consecuencia de la aplicación de dichas estipulaciones

que se declaren nulas, más el interés legal del dinero desde la fecha de la sentencia que se dicte en su caso.

» 3º) Que se condene a Caixabank, S.A., por aplicación del artículo del artículo 1.303 del C. Civil, a la devolución de las cantidades que hubiera percibido de la provisión de fondos efectuada por los gastos de constitución del préstamo que se deriven de los aranceles notariales y registrales, gastos de tramitación y de los tributos que hayan podido devengarse, más el interés legal del dinero desde la fecha de la sentencia que se dicte en su caso.

Todo ello con imposición expresa de las costas causadas».

2.- La demanda fue presentada el 7 de marzo de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Avilés, fue registrada con el n.º. 113/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a las partes demandadas.

3.- El procurador D. José Luís López González, en representación de Banco Sabadell S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

4.- El procurador D. Ignacio Sánchez Avelló, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas a la parte actora.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Avilés, dictó sentencia de fecha 7 de noviembre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

«Que ESTIMANDO la excepción de Falta de Legitimación Activa, invocada por la entidad BANCO SABADELL, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. López González y

ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Arnaiz Llana, en nombre y representación de DON JOSÉ HERNÁNDEZ GARCÍA, sobre acción de nulidad contractual, frente a la entidad BANCO SABADELL, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. López González, y a la entidad CAIXABANK, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez Avello,

DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula tercera, relativa a gastos de constitución de hipoteca, contenida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, concertado por el demandante con la entidad CAIXABANK, S.A., en fecha de 21 de abril de 2006,

ABSOLVIENDO a CAIXABANK, S.A., del resto de peticiones deducidas en su contra en el suplico de la demanda y

ABSOLVIENDO a la entidad BANCO SABADELL, S.A., de las peticiones deducidas en su contra en el suplico de la demanda.

Cada parte abonará las costas ocasionadas a su instancia y las comunes por la mitad, a excepción de las ocasionadas a Banco Sabadell, S.A., que se imponen a la actora».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. José Hernández García e impugnada por la representación de Caixabank S.A.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 8/2017 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 17 de febrero de 2017, cuya parte dispositiva dispone:

«Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Don José Hernández García y desestimar la impugnación formulada por Caixabank, S.A. contra la sentencia dictada en fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Avilés, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **REVOCA**, acordando en su lugar lo siguiente:

»La estimación parcial de la demanda formulada por dicho recurrente frente a Banco Sabadell, S.A. declarando nulas las condiciones segunda, tercera y sexta de la estipulación quinta, con excepción de los impuestos, del contrato de préstamo de 13-6-2.013 al que se refiere la demanda.

»La estimación parcial de la demanda formulada por dicho recurrente frente a Caixabank, S.A., añadiendo a la declaración de nulidad señalada en la recurrida, que se confirma, la obligación de dicha entidad bancaria a abonar al actor la cantidad de 1.114,47 euros (mil ciento catorce euros con cuarenta y siete céntimos).

»No procede expresa condena en cuanto a las costas de ambas instancias».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a Nuria Arnaiz Llana, en representación de D. José Hernández García, interpuso recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación fue:

«Al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 89.3 letra c) 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 y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), al vulnerar la sentencia recurrida, la doctrina recogida en la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 705/2015 de 23 de diciembre del 2015, recurso 2658/2013, que

considera como abusiva la estipulación que impone al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó providencia de fecha 11 de octubre en la que se acordó dar tratamiento preferente al presente recurso, a la vista de la materia sobre la que versa y la litigiosidad que se está generando.

3.- Con fecha 29 de noviembre de 2017 se dictó auto, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. José Hernández García contra la sentencia dictada, el día 17 de febrero de 2017 por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5ª), en el rollo de apelación n.º 8/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 113/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Avilés».

4.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

5.- Por providencia de 22 de enero de 2018 se nombró ponente al que lo es en este trámite, y se acordó resolver el recurso por el Pleno de la Sala, señalándose para votación y fallo el 28 de febrero de 2018, en que ha tenido lugar. No intervino el magistrado D. Eduardo Baena Ruiz, por tener concedida licencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 13 de junio de 2013 se concertó escritura de préstamo con garantía hipotecaria entre Banco de Sabadell S.A., como prestamista, y como prestatarios Dña. Carmen García Menéndez, D. José, Dña. Ana-María, D. Queren y D. David Hernández García. En su estipulación quinta, denominada gastos del prestatario, y en lo que aquí interesa, se hizo constar que eran de su cargo los correspondientes a los de tasación del inmueble, aranceles

notariales, registrales e impuestos relativos a la constitución, modificación y cancelación de la hipoteca, gastos de tramitación de la escritura ante el Registro y los derivados de reclamación extrajudicial.

Además, se facultaba al banco para cobrar directamente, con cargo a las cuentas abiertas a los prestatarios, los gastos e impuestos mencionados. Dichos conceptos se concretaron en las siguientes cantidades: 516,42 € de notaría; 105,46 € de registro de la propiedad; 794,93 € de impuestos; y 260 € honorarios de tramitación. Tales cantidades fueron abonadas por Dña. Carmen García Menéndez.

2.- Por escritura pública de 21 de abril de 2006, Dña. Carmen García Menéndez, por sí y en representación de D. José Hernández García, adquirió de Promociones Rivero Cueto, S.A. una vivienda sita en término municipal de Villaviciosa, subrogándose en la hipoteca que el vendedor tenía constituida sobre tal vivienda con la entidad Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (actualmente, Caixabank S.A.), presente en dicho acto notarial. En la estipulación tercera de dicha escritura, y conforme a lo estipulado en su día en la escritura de préstamo inicial, se señaló que los gastos e impuestos derivados del otorgamiento, excepto el de plusvalía, serían a cargo de la parte adquirente. Tales gastos, abonados por José Hernández García, ascendieron a: 765,43 € de notaría; 198,24 € de registro de la propiedad; 966 € de impuestos; y 150,80 € de honorarios de tramitación.

3.- D. José Hernández García interpuso una demanda de juicio ordinario contra las mencionadas entidades prestamistas, en la que solicitó la declaración de nulidad de las respectivas cláusulas de atribución a los prestatarios del pago de los gastos e impuestos, y que se las condenara a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación, con sus intereses legales.

4.- La sentencia de primera instancia apreció la falta de legitimación activa del demandante respecto de la pretensión dirigida contra el Banco de Sabadell, porque no había sido él quien había abonado las cantidades derivadas de las cláusulas cuestionadas. Y en cuanto a la pretensión formulada contra Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona, declaró la nulidad de la cláusula controvertida, pero no dio lugar a la reclamación de devolución de cantidades,

por entender que la pretensión estaba mal formulada, ya que al prestatario le correspondía la asunción del pago de una parte de los gastos e impuestos.

5.- El demandante y la Caixa recurrieron en apelación dicha sentencia. La Audiencia Provincial desestimó la impugnación de la Caixa y estimó en parte el recurso del demandante y declaró nulas las condiciones generales impugnadas, salvo la relativa a los tributos, y condenó a Caixabank a devolver al demandante 1147,47 €.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Motivo único. Planteamiento. Admisibilidad*

1.- El Sr. Hernández García interpuso un recurso de casación, basado en un único motivo, por el cauce del art. 477.2.3º LEC, en el que denuncia la infracción del art. 89.3 c) 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 y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGCU). Cita como infringida la sentencia de esta sala 705/2015, de 23 de diciembre.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, sintéticamente, que la cláusula que atribuye el pago de todos los gastos e impuestos a la prestataria es abusiva, porque no realiza distinción alguna, en función del tipo de tributo o del hecho imponible gravado, sobre quién debe ser el sujeto pasivo del impuesto en cuestión. En concreto, considera que no puede considerarse que, respecto de todos los hechos imponibles sujetos al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados derivados de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, sea sujeto pasivo el prestatario; así como que es abusiva una estipulación que determina que los tributos futuros que pudieran devengarse como consecuencia de posibles revisiones tributarias posteriores, se carguen siempre al prestatario hipotecante.

3.- En el trámite de oposición al recurso, las dos entidades financieras demandadas alegaron su inadmisibilidad, por falta de interés casacional. Sin embargo, esta alegación no puede ser atendida, una vez que está identificada la norma jurídica que se considera infringida y la jurisprudencia que se estima vulnerada por la sentencia recurrida.

TERCERO.- *Precisión sobre la legislación aplicable por razones temporales*

1.- Aunque en el recurso se cita como infringido el art. 89.3 c) TRLGCU, ha de tenerse en cuenta que en la fecha en que se firmó uno de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria a los que se ciñe este recurso de casación (21 de abril de 2006) no estaba todavía vigente dicho Texto Refundido, sino que regía la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGCU).

2.- No obstante, al tratarse de un texto refundido, el art. 89.3 c) no fue realmente una norma de nuevo cuño, sino que fue reflejo de la refundición o reajuste de una norma previa. Por ello, a estos efectos, en función de la indicada fecha del contrato, deberemos tener en cuenta lo previsto en el art. 10 bis LGCU, en la redacción conferida por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/1988, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que se remitía a la Disposición Adicional Primera de la propia LGCU, en la que se contenía un listado de cláusulas abusivas, entre las cuales, la 22 [«La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)»], es equivalente al actual art. 89.3 c) TRLGCU.

CUARTO.- *Pronunciamientos jurisprudenciales previos sobre la abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios*

1.- La sentencia de esta sala 550/2000, de 1 de junio, trató la abusividad de la imposición al consumidor de los gastos generados por la constitución de una hipoteca para la financiación de adquisición de una vivienda, con apoyo en el art. 10.1 c), apdo. 11 LGCU (en su redacción original, que era igual al apartado 22 de la Disposición Adicional Primera antes citado), pero no se refirió a los tributos que gravan la operación, sino a los gastos bancarios, notariales y registrales derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, obtención de hipotecas para financiar su construcción o su división y, cancelación).

2.- A su vez, en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, se dijo 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.

3.- Por último, la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos (en sentido amplio) entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos).

Por ejemplo, en materia de gastos notariales, el arancel distingue entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de copias; o en caso del arancel de los registradores, se da diferente tratamiento a la inscripción que a la expedición de certificaciones o copias simples.

Del mismo modo, en materia tributaria, lo que se reprochó es que se atribuyera en todo caso al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas, cuando según la legislación los sujetos pasivos pueden ser diferentes, en función de hechos imponibles también diferentes.

4.- Sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, quienes concretaran cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.

QUINTO.- *El impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios*

1.- Decíamos en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, en lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, que el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITPAJD) dispone que estará obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en la «constitución de derechos reales», aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c); y en la «constitución de préstamos de cualquier naturaleza», el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 LITPAJD 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.

A su vez, el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales en que se recoge el préstamo, indicando el art. 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, dijimos en la mencionada sentencia, la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso 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 expedición de las copias, actas y testimonios que interese. Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del art. 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda.

2.- Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario (art. 7.1.B LITPAJD), ya hemos visto que el art. 8 LITPAJD, a efectos de la determinación del sujeto pasivo, contiene dos reglas que, en apariencia, pueden resultar

contradictorias. Así el apartado c) dispone que «en la constitución de derechos reales» es sujeto pasivo del impuesto aquél a cuyo favor se realice el acto; y el apartado d) prevé que, «en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza», lo será el prestatario. De manera que si atendemos exclusivamente a la garantía (la hipoteca), el sujeto pasivo sería la entidad acreedora hipotecaria, puesto que la garantía se constituye a su favor; mientras que, si atendemos exclusivamente al préstamo, el sujeto pasivo sería el prestatario (el cliente consumidor). Sin embargo, dicha aparente antinomia queda aclarada por el art. 15.1 de la misma Ley, que dispone: «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».

3.- 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 2196/1996]; 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]; y 22 de noviembre de 2017 [RC 3142/2016]). 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 art. 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.

4.- Asimismo, frente a alguna duda de constitucionalidad que se ha manifestado doctrinalmente, debemos traer a colación dos resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se resuelven sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto del art. 29 LITPAJD, en relación con los arts. 8.d) y 15.1 del mismo

texto refundido, y con el 68 del Reglamento del Impuesto, por si pudieran ser contrarios a los arts. 14, 31.1 y 47 de la Constitución Española. Se trata de los autos 24/2005 de 18 de enero, y 223/2005, de 24 de mayo. En la primera de tales resoluciones se dice:

«[...]es una opción de política legislativa válida desde el punto de vista constitucional que el sujeto pasivo de la modalidad de “actos jurídicos documentados” lo sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal (en el impuesto sobre el valor añadido o en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados), tanto cuando se trata de préstamos con constitución de garantías (aunque la operación haya sido declarada exenta en ambos impuestos), como cuando se trata de constitución de garantías en aseguramiento de una deuda previamente contraída, pues en ambos supuestos se configura como obligado tributario de aquella modalidad impositiva a la persona que se beneficia del negocio jurídico principal: en el primer caso, el prestatario (el deudor real); en el segundo supuesto, el acreedor real (el prestamista)».

5.- En cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados por la documentación del acto –préstamo con garantía hipotecaria- en escritura pública (arts. 27.3 y 28 LITPAJD y 66.3 y 67 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados -en adelante, el Reglamento-), tiene dos modalidades:

a) Un derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento).

b) Un derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento).

El art. 29 LITPAJD, al referirse al pago del impuesto por los documentos notariales, dice:

«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».

Pero el art. el art. 68 del Reglamento del Impuesto contiene un añadido, puesto que tras reproducir en un primer párrafo el mismo texto del art. 29 de la Ley, establece en un segundo apartado:

«Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

Aunque se ha discutido sobre la legalidad de dicha norma reglamentaria, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a que antes hemos hecho referencia no ha apreciado defecto alguno de legalidad (por todas, sentencia de 20 de enero de 2004). Y como hemos visto, el Tribunal Constitucional también ha afirmado su constitucionalidad.

6.- Así pues, en lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento.

Y en cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento), habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas.

Respecto de la matriz, conforme al ya citado art. 68 del Reglamento y la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, corresponde el abono del impuesto al prestatario. Salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo–, como el prestamista –por la hipoteca–, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016).

Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento.

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 art. 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.

SEXTO.- *Estimación del recurso de casación. Consecuencias*

1.- Conforme a todo lo expuesto, debe estimarse en parte el recurso de casación, porque la cláusula controvertida es abusiva, y no solo parcialmente, como resuelve la Audiencia Provincial, sino en su totalidad, en cuanto que, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imposables. O incluso en cuanto considera exentos de tributación determinados actos que, sin embargo, son incluidos en la condición general litigiosa como impuestos a cargo del prestatario.

2.- Cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad.

Es decir, anulada la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los impuestos, cualquiera que fuera el reparto que la ley hubiera hecho respecto de una y otra parte, el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, lo que, en el caso del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, viene determinado por su ley reguladora y su reglamento (en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo); y como resultado de ello, acordar que el profesional restituya al consumidor las cantidades que hubo de pagar por impuestos cuyo pago la ley impone al profesional.

Para adoptar esta decisión, la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La

determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores.

3.- Pese a la estimación del recurso de casación en lo referente a la abusividad de la cláusula, debemos compartir los criterios expuestos por la Audiencia Provincial sobre el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en cuanto a que no cabe devolución alguna por las cantidades abonadas por la constitución del préstamo. Aunque sí debería restituir el banco las cantidades cobradas por la expedición de las copias, cuando no se ajusten a lo antes indicado, este pronunciamiento no afecta al importe de las cantidades fijadas en la sentencia recurrida, pues más allá de su escasa incidencia económica, no se ha acreditado que, por el concepto de impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, la demandante hubiera pagado alguna cantidad distinta a la correspondiente a la constitución del préstamo y haber tenido en cuenta la Audiencia Provincial lo abonado por matriz y copias.

SÉPTIMO.- *Costas y depósitos*

1.- Al haberse estimado en parte el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según previene el art. 398.2 LEC.

2.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por D. José Hernández García contra la sentencia n.º. 63/2017, de 17 de febrero, dictada

por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5.^a, en el recurso de apelación núm. 8/2017.

2.º- Casar en parte dicha sentencia en el sentido de establecer que:

(i) La cláusula litigiosa es nula por abusiva, al atribuir, indiscriminadamente y sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario.

(ii) En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.

c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales.

(iii) Confirmarla en todos sus demás pronunciamientos.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación y ordenar la devolución del depósito constituido al efecto.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

