



# La reforma del IAJD de préstamos hipotecarios por el Real Decreto-Ley 17/2018: efectos colaterales de una precipitada técnica legislativa

**Jorge de Juan Casadevall**

*Abogado del Estado (exc.)  
Doctor en Derecho  
Socio de EY Abogados*



Este trabajo ha obtenido el 1.º Premio «Estudios Financieros» 2019 en la modalidad de **Tributación**.

El jurado ha estado compuesto por: don Isaac Merino Jara, don Ignacio Corral Guadaño, don Jesús López Tello, doña Saturnina Moreno González, don Enrique Ortiz Calle y don Eduardo Verdún Fraile.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

## Extracto

El reciente Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, modificaba el artículo 29.1 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, para atribuir al prestamista la condición de sujeto pasivo en la cuota variable del IAJD que grava los préstamos hipotecarios. Concluía así la enconada controversia jurídica que se había desatado a raíz de las Sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 del Tribunal Supremo, cuestionando una jurisprudencia uniforme de la Sala Tercera, y que provocó la Sentencia de 27 de noviembre de 2018, dictada por el pleno jurisdiccional de esa Sala Tercera del Alto Tribunal, que restablecería su inveterada jurisprudencia. Sin embargo, la excesiva precipitación de la legislación de urgencia para corregir una jurisprudencia, ya confirmada por la sentencia plenaria de la Sala Tercera, plantea nuevos problemas no contemplados por el legislador, como su dudosa constitucionalidad o su difícil acomodo con el derecho de la Unión Europea, y que pueden reducir a papel mojado la reforma operada. Sobre una defectuosa técnica normativa opera, ahora, una intervención legislativa precipitada que, de forma inaplazable, nos convoca inexorablemente a la modernización de este vetusto impuesto, cuando no a su supresión.

**Palabras clave:** impuesto actos jurídicos documentados; préstamos hipotecarios; inconstitucionalidad decreto-ley; exención de IVA; efecto directo vertical directiva IVA; libertad de movimientos de capital.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

**Cómo citar:** Juan Casadevall, J. de. (2019). La reforma del IAJD de préstamos hipotecarios por el Real Decreto-Ley 17/2018: efectos colaterales de una precipitada técnica legislativa. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 437-438, 5-42.



# The reform of the IAJD of mortgage loans by Royal Decree-Law 17/2018: collateral effects of a hasty legislative technique

Jorge de Juan Casadevall

## Abstract

The recent Royal Decree-Law 17/2018 of 8 November amended article 29.1 of the Consolidated Text of the Transfer Tax and Documented Legal Acts in order to give the lender the status of taxpayer in the variable quota of the AJD. This was the end of the fierce legal controversy unleashed by the Supreme Court's ruling of 16, 22 and 23 October 2018, which call into doubt the uniform jurisprudence of the Third Chamber which was provoked by the judgement of 27 November 2018, issued by the Plenary Jurisdiction of that Third Chamber of the Supreme Court, which would re-establish its inveterate jurisprudence. The excessive haste of the emergency legislation in order to correct a jurisprudence, already confirmed by the Plenary ruling of the Third Chamber, raises new problems not contemplated by the legislator, as its questionable constitutionality or its difficult arrangement with the European Union Law, and which can reduce the implemented reform to a waste of paper. In addition to a defective regulatory technique there is now a hasty legislative intervention which inexorably calls for the modernization of this ancient tax, if not its suppression.

**Keywords:** documented legal acts tax; mortgage loans; unconstitutionality decree-law; exemption from VAT; direct vertical effect VAT directive; free movement of capital.

**Citation:** Juan Casadevall, J. de. (2019). La reforma del IAJD de préstamos hipotecarios por el Real Decreto-Ley 17/2018: efectos colaterales de una precipitada técnica legislativa. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 437-438, 5-42.



## Sumario

1. Planteamiento
  2. La controversia sobre el sujeto pasivo del AJD de préstamos hipotecarios en el TS
  3. La dudosa constitucionalidad del Real Decreto-Ley 17/2018 de modificación del TR LITP y AJD
    - 3.1. El control de constitucionalidad del decreto-ley en materia tributaria: su proyección sobre el Real Decreto-Ley 17/2018
      - 3.1.1. El control formal: el presupuesto habilitante
      - 3.1.2. El control material: la determinación de la materia «tributaria» excluida
  4. La incompatibilidad sobrevenida del AJD con el derecho de la Unión Europea
    - 4.1. La perturbadora invasión del hecho imponible del IVA: el efecto directo vertical de una exención comunitaria
    - 4.2. Una distorsión fiscal a la libre circulación de capitales y/o prestación de servicios financieros
  5. Valoración crítica
- Referencias bibliográficas

## 1. Planteamiento

La indolente placidez otoñal de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (TS) se vio el año pasado súbitamente perturbada, y bruscamente zarandeada, por una innovadora jurisprudencia de su Sección Segunda que atribuía a las entidades financieras la condición de sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados (AJD) que grava los préstamos hipotecarios<sup>1</sup>. La erupción sísmica de la nueva jurisprudencia disidente agrietaba lo que hasta ahora había sido una jurisprudencia monolítica que, de forma granítica durante los últimos cuarenta años, venía considerando como sujeto pasivo del tributo al prestatario. La irrupción abrupta de las tres Sentencias díscolas de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 no obedecía a ningún cambio legislativo, por lo que ante su trascendencia jurídica –y, probablemente, también económica<sup>2</sup>–, el presidente de la Sala de lo Contencioso convocó un pleno jurisdiccional para pronunciarse sobre los recursos de casación todavía pendientes de resolución<sup>3</sup>, previa avocación a pleno de su conocimiento<sup>4</sup>. El nuevo modelo casacional

<sup>1</sup> En un momento de especial de sensibilización social, y de enconado debate jurídico, en torno a las cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios, el foco mediático se concentraba ahora en el AJD y se desplazaba a la Sala Tercera del Alto Tribunal. Véase *Expansión* (18-10-2018) o *La Vanguardia* (18-10-2018).

<sup>2</sup> *El País* (18-10-2018). El periódico citaba diferentes fuentes que cifraban su impacto potencial en 6.000 millones de euros, y en 24.000 millones de euros el importe global de reclamaciones por los últimos cuatro años.

<sup>3</sup> Rastreado la secuencia temporal en los medios de comunicación, se deduce que el pleno jurisdiccional fue convocado después de dictarse la primera Sentencia acogiendo el nuevo criterio, fechada el 16 de octubre, y justo el día en que se dictaba la segunda Sentencia, el 22 de octubre, y no pudo evitar la tercera Sentencia de 23 de octubre. El pleno se convocaba tras una reunión de urgencia del presidente del TS, el presidente de la Sala Tercera y algunos magistrados integrantes de esta. Véase *El País* (22-10-2018). El autor de este trabajo tuvo conocimiento de mentideros jurídicos próximos al Consejo General del Poder Judicial, que en el momento de convocarse el pleno solo se conocía la existencia de una sola sentencia.

<sup>4</sup> La avocación de un asunto pendiente al pleno de la Sala está prevista en el artículo 197 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), y «para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales» en el artículo 264 de la LOPJ, o en el propio artículo 92.7 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para la vista o la votación y fallo de un recurso de casación. Con este anclaje jurídico-procesal, el presidente avoca los asuntos pendientes por la «trascendencia general que justifica su deliberación por el pleno de la Sala». La Sentencia del pleno, de 27 de noviembre de 2018 (FF. DD. primero y segundo), desplegará un notable esfuerzo didáctico para explicar que esa avocación plenaria no es excepcional, justificando su intervención por el «drástico viraje jurisprudencial» no acompañado de una previa modificación del corpus normativo aplicable, y precisando

veía su preciada función nomofiláctica<sup>5</sup> zaherida, no solo por el abrupto giro jurisprudencial, sino también por una avocación plenaria que cuestionaba una nueva doctrina legal que ya revestía formalmente la condición de jurisprudencia en sentido técnico-legal<sup>6</sup>.

Mientras una creciente expectación mediática se cernía sobre el pleno jurisdiccional de la Sala Tercera, el poder político se sentía emplazado a intervenir, y lo haría en un sentido diverso a lo que hasta ahora había sido una jurisprudencia pacíficamente consolidada. Sin esperar a la nueva sentencia plenaria, se promulgaba el Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, que atribuirá la condición de sujeto pasivo al prestamista. Unos días más tarde, tras un denso, tenso y apretado pleno<sup>7</sup>, veía la luz la Sentencia del TS (STS) de 27 de noviembre de 2018 que, con grave daño a una depurada técnica casacional<sup>8</sup>, restablecería su inveterada

---

que, en ningún caso, supone una revisión de los casos ya fallados. También se percibe en su fundamentación, una indisimulada voluntad de blindar la sentencia frente a un eventual recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC). No se trata de una preocupación ociosa, toda vez que los casos fallados por la sentencia plenaria no solo son idénticos, sino que además fueron promovidos por el mismo recurrente que obtuvo las tres sentencias disidentes favorables. Para obviar una eventual vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 de la Constitución española –CE–), sostiene que no concurre identidad de órgano judicial entre el pleno y las secciones (STC 40/2015), y arguye, en definitiva, que lo que no sería admisible son los cambios irreflexivos o repentinos en las resoluciones judiciales, y eso es, precisamente, lo que pretende obviar la avocación plenaria.

<sup>5</sup> La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de junio, reformó la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa para, como diría su exposición de motivos, «reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del Derecho». En el legislador procesal pesaba el modelo norteamericano de la «*petition of certiorari*» que permite controlar, en un rígido trámite de admisión, la relevancia jurídica del asunto sometido a la *Suprem Court* para crear un *case law*. Lo que ahora se califica como «interés casacional objetivo» pretendía asegurar *ad limine* que «la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica».

<sup>6</sup> En efecto, con base en el artículo 1.6 del Código Civil, basta con una doctrina legal reiterada para formar jurisprudencia, y aquí existían ya tres sentencias adoptando el nuevo criterio. Por ello, la sentencia plenaria se sentirá emplazada a aseverar que la jurisprudencia puede evolucionar y modificarse, y que la jurisprudencia disidente, que no va precedida de cambio normativo alguno, adolece de «justificación del cambio» y atenta contra la previsibilidad de las resoluciones judiciales. Y, en fin, que «el fuerte sesgo objetivista», el interés casacional objetivo que prefigura como exigencia ineludible del nuevo modelo casacional, tampoco empece la modificación de la jurisprudencia. A nuestro modo de ver, es la palmaria constatación de un fracaso.

<sup>7</sup> Tras dos jornadas de maratónica discusión, el cónclave se cerró con una apretada votación favorable a volver a la anterior jurisprudencia (15 votos a favor y 13 en contra). Por el camino quedó la frustrada propuesta transaccional de la magistrada Pilar Teso, partidaria de la tesis defendida por la jurisprudencia disidente, pero con carácter prospectivo, que no concitaría el apoyo suficiente por la ausencia de una base legal clara para limitar los efectos retroactivos de las sentencias durante los últimos cuatro años del periodo de prescripción. Véase *El Mundo* (7-11-2018).

<sup>8</sup> El origen del problema reside en una Sentencia aislada de la Sala de lo Civil del TS de 23 de diciembre de 2015 que, en el fragor de la litigiosidad desatada en torno a las cláusulas abusivas de las hipotecas, y apartándose de una constante jurisprudencia de la Sala Tercera, consideró que el sujeto pasivo del AJD

jurisprudencia sobre el sujeto pasivo del AJD de préstamos hipotecarios. El pleno embridaba la jurisprudencia díscola de su Sección Segunda y la reducía a una fugaz distopía jurídica.

La precipitación de la intervención legislativa, la técnica legislativa empleada y la falta de la encomiable reflexión serena y ponderada sobre qué implicaciones tiene la mutación subjetiva del hecho imponible, nos suscitan serias dudas de constitucionalidad, y de compatibilidad con el derecho de la Unión Europea. Antes de abordarlas, vamos a penetrar en el núcleo de la controversia jurídica desatada en el TS, para, sobre esta base jurídica, construir nuestra tesis.

## 2. La controversia sobre el sujeto pasivo del AJD de préstamos hipotecarios en el TS

Como es sabido, el artículo 29 del 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, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TR LITP y AJD), para el gravamen de documentos notariales establecía, sin ulteriores precisiones, que «será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan». El precepto legal, de textura elástica, pretendía englobar los diferentes sujetos pasivos del gravamen documental, y, con una técnica descriptiva híbrida, acoger en su seno las dos formas liquidatorias del mismo: la cuota fija y la cuota variable. Para ello, recurría a una regla principal que identifica el sujeto pasivo con el adquirente del bien o derecho, aplicable a ciertos actos jurídicos documentados que se liquidan por cuota variable, y una regla subsidiaria que, de forma disyuntiva, considera sujeto pasivo a quien solicita o en cuyo favor se expide el documento, que parece referirse a la liquidación de la cuota fija. En efecto, el artículo 31.1 y 2 del TR LITP y AJD grava con una cuota fija la formalización de matrices y copias de escrituras y actas notariales, así como los testimonios, que se extenderán en papel timbrado,

---

de préstamos hipotecarios era la entidad financiera. Al amparo del artículo 88.2 a) y c) de la ley procesal contenciosa, el auto de admisión de los tres recursos que dieron lugar a las sentencias disidentes apreció el interés casacional objetivo en la necesidad de «precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29» del TR LITP y AJD. Con posterioridad, y como reconocen las tres sentencias disidentes, la doctrina de la Sala Primera fue corregida por el pleno de dicha Sala de lo Civil en su Sentencia de 15 de marzo de 2018, que se alineó con la jurisprudencia uniforme de la Sala Tercera que considera sujeto pasivo al prestatario. Por tanto, las sentencias disidentes podrían haber apreciado la pérdida sobrevenida del interés casacional objetivo. Pues bien, ahora la Sentencia de 27 de noviembre de 2018 del pleno de la Sala Tercera justifica la subsistencia del interés casacional objetivo en la existencia de esas Sentencias disidentes de 16, 22 y 23 de octubre de la Sección Segunda de la Sala Contenciosa. Es decir, ahora se ha producido una mutación sobrevenida del interés casacional objetivo inicialmente apreciado. A nuestro modo de ver, se resiente seriamente la técnica casacional, y la sentencia plenaria es investida *de facto* de una extraña vitola de *supercasación*.

y somete a un gravamen variable adicional la obtención de primeras copias de escrituras y actas notariales cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial, y de Bienes Muebles, y no estén sujetos al impuesto sobre sucesiones y donaciones o a la modalidad de transmisiones patrimoniales u operaciones societarias del mismo cuerpo legal. La cuota variable consistirá en la aplicación del tipo impositivo que establezca la comunidad autónoma o, en su defecto, en el 0,50 % de la base imponible, que el artículo 30.1 del TR LITP y AJD identifica con el valor declarado, o tratándose de derechos reales de garantía o préstamos con garantía, con el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros análogos. Y si no constare expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará como base el capital y tres años de intereses.

A pesar de que la naturaleza anfibiológica del término «adquirente del bien o derecho»<sup>9</sup>, acuñado con carácter prevalente por el artículo 29.1 del TR LITP y AJD, podía sombrear con una duda más que razonable la determinación del sujeto pasivo del AJD de préstamos hipotecarios, la jurisprudencia contenciosa, de una forma constante e invariable, ha atribuido esa condición de sujeto pasivo al prestatario. Esta jurisprudencia uniforme ha descansado en un triple argumento legal (por todas, y como más recientes, SSTs de 19 de enero de 2001, 20 de enero, 9 de junio, 20 de junio y 31 de octubre de 2006). En primer lugar, en la siempre pregonada unidad del hecho imponible del préstamo hipotecario, en cuya virtud «el único sujeto pasivo es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 d), en relación con el artículo 15.1 del TR LITP y AJD». Nótese que el meritado artículo 8 d) considera sujeto

<sup>9</sup> Desde una perspectiva iuscivilista, ineludible en la interpretación de un impuesto eminentemente jurídico como es el IAJD, sometido al principio de calificación jurídica, no solo por la exigencia general del artículo 13 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), sino también por el mandato específico del artículo 2.1 del TR LITP y AJD, el único *adquirente* –no de un bien sino de un derecho– es el acreedor hipotecario, que adquiere un derecho real de realización de valor. Por el contrario, y en el esquema romanista clásico, se concibe el préstamo como un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa o *datio rei* (art. 1.740 Código Civil). Es decir, se trata de un contrato unilateral, en el que si no se ha pactado expresamente el pago de intereses (art. 1.755 Código Civil), nada adquiere el prestatario y solo asume una obligación de reembolso del capital. Y si el préstamo se calificara como mercantil, llegaríamos a similares conclusiones con base en los artículos 311 y ss. del Código de Comercio. Otra cosa es que en la práctica mercantil y bancaria, siquiera sea al amparo del principio de autonomía de la voluntad, y supuesta la marcada insuficiencia de la regulación legal dispositiva, se configure el préstamo como un contrato consensual que genera la obligación de entregar una suma de dinero y abonar un interés pactado. No en balde, y como recordaba el voto particular de don Dmitry Berberoff a la STS de 16 de octubre de 2018, una sentencia de la Sala de lo Civil del TS (STS 432/2018, de 11 de julio), frente a la invocación del carácter real y unilateral del préstamo, admitió la resolución por incumplimiento del artículo 1.124 del Código Civil, aplicable solo a las obligaciones sinalagmáticas. Pues bien, es en el marco de este contrato consensual, bilateral y oneroso, en el que cobra todo su sentido la *dictio legis* del artículo 1.753 del Código Civil, en cuya virtud «el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad». Desde esta perspectiva, el prestatario es adquirente de la suma prestada y, como tal, puede ser sujeto pasivo del IAJD.

pasivo de los préstamos «de cualquier naturaleza»<sup>10</sup> al prestatario, mientras que el artículo 15.1 puntualiza que la constitución de fianzas, o de «derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo»<sup>11</sup>. El segundo argumento esgrimido sostiene que el «adquirente del bien o derecho», al que se refiere el artículo 29.1 del TR LITP y AJD, debe interpretarse en el sentido de que:

[...] el derecho a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque este se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía.

Y, por último, se sostenía que la exigencia normativa de que las escrituras o actas notariales contengan *actos o contratos inscribibles*<sup>12</sup>, se refería «indisolublemente, tanto al préstamo como la hipoteca»<sup>13</sup>. En este sentido, se atribuía un «indudable valor interpretativo»

<sup>10</sup> La referencia al préstamo de «cualquier naturaleza» parece incluir también al préstamo hipotecario que, de este modo, sería una especie de un *genus* negocial único. Con todo, también podría contraargumentarse que el precepto legal se refiere tan solo a su posible naturaleza real o personal, es decir, a su posible configuración como un atípico contrato consensual y bilateral, en cuyo caso no se alteraría la posición del sujeto pasivo, de acuerdo con la regla de inmutabilidad de la relación jurídico-tributaria a los pactos privados (art. 17.4 LGT). Por el contrario, el préstamo hipotecario constituiría un negocio complejo diferente.

<sup>11</sup> Este precepto legal, de evidente valor hermenéutico, constituye una suerte de delimitación negativa del hecho imponible (art. 20.2 LGT), que corrobora la accesoriedad del derecho real de hipoteca. En una concepción clásica, acuñada por Roca Sastre, y desde una perspectiva descriptivo-funcional, la hipoteca es un derecho real de realización de valor, de carácter accesorio, indivisible y de constitución registral, que se constituye en garantía de una obligación dineraria (art. 1.876 Código Civil y art. 104 de la Ley hipotecaria). El carácter accesorio, consustancial a todo derecho real de garantía, eleva al préstamo a la categoría de negocio jurídico principal, el único negocio que se somete a tributación. Sin embargo, a nuestro modo de ver, la contundencia de este argumento enfrenta el obstáculo insalvable de que si el préstamo hipotecario solo tributa por el concepto de préstamo, estaremos ante una exención objetiva que debiera determinar la inexistencia de la obligación tributaria. Es decir, y como ocurre con el préstamo hipotecario no empresarial, estamos ante una operación sujeta a ITP (art. 7.1 B) TR LITP y AJD), aunque exenta (art. 45.1 B) 15 TR LITP y AJD), y, por ende, tampoco podría quedar sujeta a AJD ex artículo 31.2 del TR LITP y AJD que exige que los actos o contratos valuables e inscribibles no estén sujetos a transmisiones patrimoniales o a operaciones societarias. Esta objeción jurídica, que se nos antoja insalvable, no ha sido nunca planteada en nuestros tribunales.

<sup>12</sup> Ciertamente, el Registro de la Propiedad publica titularidades reales con trascendencia jurídico-inmobiliaria, por lo que, por sus limitados efectos obligacionales, mal puede hablarse de contratos inscribibles. Sin embargo, tras esta locución alternativa de *actos o contratos inscribibles* late el viejo problema jurídico, no resuelto por la doctrina hipotecarista, de dilucidar cuál es el objeto de la inscripción registral, *conditio iuris* para devengar la cuota variable de AJD: el título, los derechos reales inmobiliarios o la mutación jurídica real que los mismos entrañan. La fórmula sincrética empleada por el artículo 31.2 del TR LITP y AJD, y reproducida por la jurisprudencia contenciosa citada, supera esta bizantina discusión doctrinal, aunque –y en ello no le falta razón a las sentencias díscolas del TS– nunca puede sostenerse que el préstamo constituye un acto inscribible.

<sup>13</sup> Este es, a nuestro juicio, el argumento decisivo, la unidad inescindible del préstamo hipotecario que fusiona en su estructura obligacional una causa compleja de un contrato consensual y oneroso de préstamo al



al artículo 68.2 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (RITP y AJD), a cuyo tenor «cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía, se considerará adquirente al prestatario».

La secuencia histórica de esta jurisprudencia ha permanecido inmutable durante casi cuarenta años. Ya con el artículo 30 del TR LITP y AJD, aprobado por el Real Decreto legislativo 3050/1980, precedente de cometido idéntico al vigente artículo 29 del TR LITP y AJD, el TS, había declarado en sus Sentencias de 22 de abril de 1988 y 25 de septiembre de 1989 que «el negocio jurídico principal es el préstamo (del que la hipoteca es un negocio accesorio de garantía) y el beneficiario de aquel, en cuyo interés e formalizó» es el prestatario. Y en la STS de 9 de octubre de 1992, conociendo de un recurso extraordinario en interés de ley, entendía que la exención objetiva del precedente texto refundido se proyectaba exclusivamente sobre el préstamo, y no podía extenderse a un hecho imponible totalmente distinto como el préstamo hipotecario, que aparecía unificado en el tráfico jurídico como un negocio jurídico inescindible. La STS de 17 de noviembre de 2001 sostiene que el «adquirente del bien o derecho es el prestatario», la de 19 de noviembre de 2001 alude a «la unidad del hecho imponible en torno al préstamo», y la de 23 de noviembre de 2001 glosa esta tesis en términos históricos<sup>14</sup>. Desde una perspectiva comunitaria, en la STS de 26 de febrero de 2001, el Alto Tribunal aseveraba:

---

que se incrusta, a modo de sinalagma genético y funcional, la garantía hipotecaria. Así lo ha entendido la más moderna doctrina civil. Esta tesis, parece colegirse también del voto particular de don Dimitry Berberoff cuando sostiene que «a efectos civiles, el préstamo hipotecario responde a una unidad funcional y económica forjada sobre la base de dos contratos conexos». Y añadía, más adelante, que nos hallamos en el ámbito de las «garantías contextuales», y como señalara la Sala de lo Civil del Alto Tribunal:

[...] la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero (STS 1954/2014, de 30 de abril).

Pues bien, este negocio jurídico único y complejo, despliega una función económico-social específica, y tiene como lógico trasunto tributario la unidad del hecho imponible, porque si integra civilmente una unidad inescindible, no tiene ningún sentido que sea fiscalmente disociable.

<sup>14</sup> Razona la sentencia que:

[...] una de las constantes históricas más notables del impuesto de derechos reales y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, que es y ha sido el tratamiento unitario de los préstamos hipotecarios, que se han concebido como un solo y único hecho imponible, que primero basculó sobre el derecho real de hipoteca, y después, a partir de la Ley 41/1964, de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario, sobre el préstamo, en consecuencia, si el préstamo hipotecario está sujeto, pero exento, en el IVA, no estará sujeto como tal en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales, concepto de «transmisiones onerosas», o lo que es lo mismo, no estarán sujetos ni el préstamo, ni la hipoteca, toda vez que son elementos del mismo hecho imponible.

[...] aunque la base imponible del impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados esté constituida por el importe del préstamo y sus intereses, no puede considerarse que convierta al tributo en un gravamen sobre el volumen de negocios, ya que, aparte de recaer sobre su instrumentación formal, el sujeto pasivo es el prestatario, entre cuyas actividades negociales, que pueden ser diversas, no cabe integrar la de recibir dinero a préstamo y por lo tanto, no le afectan las prohibiciones al efecto establecidas en la Directiva 77/338/CEE.

De singular trascendencia fue la STS de 20 de enero de 2004, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 158/2002, en el que se suscitaba la nulidad de pleno derecho del artículo 68.2 del RITP y AJD, que fue desestimado con similares argumentos, y en la que la Sala Tercera puntualizaba, una vez más, que:

[...] en un préstamo hipotecario, el adquirente sigue siendo el prestatario (que es quien adquiere la cantidad prestada, si bien el prestamista queda garantizado con el derecho real de hipoteca, pero sin adquirir tal derecho, porque lo que se produce es la constitución de dicho real, que realiza precisamente el prestatario o un tercero en su caso, sobre un bien de su propiedad)<sup>15</sup>.

Finalmente, las SSTS de 27 de marzo de 2006 y de 22 de noviembre de 2017, dictadas en sendos recursos de casación para unificación de doctrina, con la función nomofiláctica cualificada que les era inherente, sistematizan la jurisprudencia expuesta avalada por la legalidad del artículo 68.2 del RITP y AJD y por su «indudable valor interpretativo».

La exigencia del tributo al prestatario planteaba también un problema de constitucionalidad, por su eventual incompatibilidad con el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE), que fue definitivamente resuelto por dos Autos del TC (ATC) al inadmitir las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas. En el ATC de 18 de enero de 2005, el supremo intérprete constitucional precisaba que:

[...] la capacidad para endeudarse es una manifestación de riqueza potencial y, por tanto, de capacidad económica susceptible de gravamen, pues solo quien tiene capacidad de pago, esto es, quien tiene aptitud para generar riqueza con la que hacer frente a la amortización de un préstamo o de una deuda puede convertirse

---

<sup>15</sup> En suma, la Sala acogió el argumento del señor abogado del Estado de que la «hipoteca se constituye, no se transmite», aunque esta tesis podría ser discutible desde la teoría de los modos de adquirir el dominio y los derechos reales, que distingue entre los modos originarios y derivativos, y dentro de estos últimos, la adquisición constitutiva y la traslativa. Desde esta perspectiva, la hipoteca no entraña una adquisición traslativa, pero sí un adquisición constitutiva. En cualquier caso, múltiples fallos posteriores de la Sala Tercera reproducirían aquella argumentación confirmando la legalidad, y la constitucionalidad, del precepto reglamentario cuestionado (SSTS de 14 de mayo de 2004, 20 de enero, 27 de marzo, 20 de junio y 31 de octubre de 2006).

en titular del mismo. De la misma manera quien ofrece como garantía del préstamo un bien pone de manifiesto, no ya una riqueza potencial concretada en una aptitud para hacer frente al pago de la deuda, sino una riqueza real equivalente al valor del bien que ofrece como garantía del pago de la deuda.

Y añadía:

[...] 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 préstamos con constitución de garantías (aunque la operación hay 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, el acreedor real (el prestamista).

En definitiva, estábamos ante una controversia jurídica poliédrica, con múltiples y enconadas aristas, pero que, no sin sombras de duda, había sido resuelta de una forma pacífica por el TS y por el TC. Sobre este escenario irrumpen las tres SSTs de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 que, de forma sorpresiva, se separan de una consolidada jurisprudencia para considerar sujeto pasivo de la modalidad de documentos notariales del AJD de préstamos hipotecarios al prestamista. La nueva jurisprudencia sostiene que el análisis conjunto de los artículos 8 y 15 del TR LITP y AJD no arroja la conclusión inexorable de que el sujeto pasivo es el prestatario. Es cierto que el artículo 8 d) establece que el sujeto pasivo en los préstamos de «cualquier naturaleza» es el prestatario, pero tampoco podemos obviar que, según el apartado c) del mismo precepto legal se dice que en la constitución de derechos reales el obligado al pago será aquel «a cuyo favor se realice al acto», cualidad subjetiva concurrente en el acreedor hipotecario, posición crediticia activa simétrica al «acreedor afianzado» que es el sujeto pasivo de la constitución de fianzas, según el apartado e). Tampoco constituiría un argumento decisivo que el artículo 15 del TR LITP y AJD haga tributar al préstamo hipotecario exclusivamente por el concepto de préstamo. Y ello por razones de ubicación sistemática, y es que este precepto aclaratorio se incardina en el título I que regula la modalidad de transmisiones patrimoniales, y no en el título preliminar aplicable con carácter genérico a los tres conceptos impositivos, por lo que idéntica pulsión aclaratoria hubiera podido llevar al legislador a dictar una similar norma interpretativa en sede de AJD, cosa que no hizo.

Desarticulado el armazón discursivo construido hasta el momento por la Sala Contenciosa, las sentencias disidentes fundan la severa corrección de rumbo que imprimen a la jurisprudencia en un triple argumento. En primer lugar, en el requisito de la inscribibilidad, *conditio iuris sine qua non* para el gravamen de la cuota variable (art. 31.2 TR LITP y AJD), siendo así

que el préstamo carece de «trascendencia real típica»<sup>16</sup>, mientras que el derecho real de hipoteca no solo es inscribible sino que su inscripción es constitutiva (art. 1.875 Código Civil). 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», toda vez que la incorporación al documento notarial de un «acto o contrato inscribible» es la «*conditio iuris* de la sujeción al impuesto». El segundo argumento reside en la configuración legal de la base imponible en la parte del tributo que grava el contenido *material* del documento, que se identifica con el «importe de la obligación o del capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos» (art. 30.1 TR LITP y AJD). Y es que «el aspecto principal (único) que el legislador ha contemplado en el precepto citado es la hipoteca», reflejando así la capacidad contributiva del acreedor hipotecario, el único interesado «en que se configure adecuadamente el título y se inscriba adecuadamente en el Registro de la Propiedad». El tercer y último argumento descansa en una relectura del artículo 29 del TR LITP y AJD que, ante la dificultad intrínseca que presenta el concepto de «adquirente», pone en valor el criterio subsidiario de *interesado* («las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan»). Y ese interesado solo puede ser el acreedor hipotecario, el único beneficiario del documento notarial inscribible, el único legitimado para el ejercicio de las acciones privilegiadas que el ordenamiento confiere a los titulares de derechos reales inscritos. Solo al acreedor hipotecario le interesa la inscripción de la hipoteca, elemento esencial para la sujeción al AJD, so pena de perder toda eficacia jurídica si se le despoja de su acceso registral. Y añade que, de lo contrario, y para el hipotecante no deudor, no solo se exigiría el impuesto a una persona totalmente ajena a la hipoteca, sino que además la base imponible comprendería conceptos distintos de los que dimanarían del negocio constitutivo de la hipoteca, comprometiendo seriamente su capacidad contributiva. Como lógico corolario de este triple razonamiento, la Sala sostiene que el artículo 68.2 del RITP y AJD carece de carácter interpretativo o aclaratorio, incurre en exceso reglamentario *contra legem*, declara su ilegalidad y lo expulsa del ordenamiento jurídico<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Es cierto que el contrato de préstamo no es inscribible, pero sí son inscribibles aquellos pactos y obligaciones que tengan, o puedan tener, trascendencia jurídico-real inmobiliaria. Otra cosa es que el acreedor hipotecario, y solo el acreedor hipotecario, tenga interés en la debida inscripción de su título a efectos del ejercicio de la acción ejecutiva hipotecaria, cuya efectividad dependerá de pactos obligacionales como el vencimiento ordinario o anticipado, intereses ordinarios y moratorios, incumplimiento cualificado de pagos, etc. En este sentido, el artículo 12 de la Ley hipotecaria, en redacción dada por la Ley 41/2007, consiente la inscribibilidad de las «cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por la hipoteca» que hayan obtenido la calificación registral favorable. En cualquier caso, la doctrina más especializada en este tributo sostenía que «el acto jurídico documentado que se somete a tributación es la hipoteca» y que el documento notarial se grava porque contiene un acto jurídico inscribible, por lo que el beneficiario solo puede ser el acreedor hipotecario. Véase García Gil, García Gil y García Gil (2001, pp. 407 y 408).

<sup>17</sup> La STS de 16 de octubre de 2018 se acompaña de dos votos particulares firmados, respectivamente, por don Nicolás Maurandi Guillén y por don Dimitry Berberoff. El primero de ellos no disiente del sentido del

La última etapa de esta enconada controversia jurídica en torno a la determinación del sujeto pasivo del gravamen de documentos notariales en el préstamo hipotecario, es la STS 1670/2018, de 27 de noviembre, dictada por la Sala Tercera, constituida en pleno jurisdiccional. La sentencia supone un retorno a la jurisprudencia que, de modo pacífico, había venido considerando al prestatario como sujeto pasivo del AJD. El pleno jurisdiccional construye el núcleo de la *ratio decidendi* en contraposición a los tres argumentos jurídicos que habían sustentado el abrupto viraje jurisprudencial de las tres sentencias disidentes. Partiendo de nuevo del principio de calificación, que ordena plegarse a la naturaleza jurídica del acto o contrato liquidado (art. 2.1 TR LITP y AJD), reitera que en un negocio jurídico complejo como el préstamo hipotecario, el negocio jurídico básico, razón de ser de toda la operativa contractual, es el préstamo, respecto al cual la hipoteca es accesoria. Y combatiendo el análisis fragmentario y parcial de los artículos 8 b) y c), 15, 29 y 30 del TR LITP y AJD, reafirma la unidad de hecho imponible en torno al préstamo, como se corresponde con la «concepción civil de constituir el contrato una unidad funcional y económica que opera en el tráfico bajo una unidad léxica como es la de préstamo hipotecario» (FJ séptimo), que acoge como negocio principal un contrato traslativo del dominio (préstamo) y un negocio accesorio de garantía de la obligación principal (hipoteca).

A partir de esta pauta interpretativa, o mejor dicho, de la correcta calificación civil del negocio documentado, despliega todo su esfuerzo dialéctico a desactivar los tres argumentos de las sentencias disidentes. El *adquirente* del artículo 29 del TR LITP y AJD es el prestatario, sin que sea necesario acudir a los criterios subsidiarios que establece este precepto legal, aunque el prestatario también es interesado en la expedición del documento notarial; relativiza la ubicación sistemática del artículo 15 del TR LITP y AJD en el título I dedicado a las transmisiones patrimoniales; y aporta un elemento novedoso, y es el de la invariabilidad del criterio del legislador en el tiempo y, en particular, con la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que establecía beneficios fiscales para los consumidores (exención de AJD), es decir, presuponía que el sujeto pasivo era el prestatario. En relación con el argumento de la inscribibilidad de la hipoteca, aun reconociendo que solo la hipoteca es inscribible, o mejor aún, un derecho de constitución registral, ello no la convierte en el «negocio principal a efectos tributarios en las escrituras públicas en las que se documentan préstamos con garantía hipotecaria». E

---

fallo, pero sí de su fundamentación jurídica que, a su juicio, debería descansar en la adecuada distinción entre el gravamen del documento (el *instrumentum* notarial) y el acto jurídico documentado (el *negotium* notarial), y, desconociendo la jurisprudencia constitucional antes citada, en la correcta apreciación de la capacidad contributiva del sujeto pasivo (art. 31 CE) que, para el gravamen del *negotium* notarial, solo el acreedor hipotecario pone de manifiesto. El segundo magistrado discrepante no comparte el fallo, y vierte jugosas consideraciones jurídicas sobre la necesaria previsibilidad del derecho; sostiene, desde una calificación jurídica civilista, que préstamo e hipoteca constituyen dos negocios conexos que exhiben una unidad jurídica, funcional y económica, que abona la unidad de hecho imponible; censura la utilización de un criterio interpretativo sistemático próximo a la analogía prohibida por el artículo 14 de la LGT; e insinúa la dudosa compatibilidad del nuevo criterio con el derecho de la Unión Europea.

insistiendo en la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, sostiene que el hecho imponible 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 hipoteca.

En suma, parece decir el Alto Tribunal que el devengo del impuesto corrobora que lo que se grava es el acto inscribible y no el acto inscrito. Por último, niega que la configuración legal de la base imponible permita concluir de nuevo que prevalecen los efectos tributarios de la hipoteca, y menos aún, que la determinación de la base imponible sirva para dilucidar «la naturaleza jurídica de un negocio jurídico, el hecho imponible y, en definitiva, la determinación del sujeto pasivo de un impuesto».

El severo correctivo infligido por el pleno jurisdiccional de la Sala Tercera a la jurisprudencia disidente, tras recordar la jurisprudencia constitucional preterida sobre la capacidad contributiva puesta de manifiesto por el sujeto pasivo prestatario, se refiere al artículo 68.2 del RITP y AJD, expulsado del ordenamiento jurídico por insuficiente cobertura legal o, más precisamente, por integrar una anómala previsión reglamentaria *contra legem*, que lógicamente, y por mor de su declaración de ilegalidad, estaba viciada de nulidad radical insusceptible de convalidación *ex post* por vía de restablecimiento de la jurisprudencia anterior. La solución que ofrece la sentencia correctora es impecable, cuando asevera que el precepto reglamentario «está indudablemente anulado a día de hoy», aunque supuesto su carácter interpretativo o aclaratorio que le había atribuido la consolidada jurisprudencia ahora restablecida, «su anulación es inane a efectos de nuestra interpretación o de cualquier impugnación».

En definitiva, el pleno jurisdiccional de la Sala Tercera del Alto Tribunal sutura la herida infligida a un monolítico cuerpo de jurisprudencia, que había atribuido de forma inmutable al prestatario la condición de sujeto pasivo en el gravamen de préstamos hipotecarios, y convierte en un mero accidente la jurisprudencia díscola de las Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso segregada en las Sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018.

### 3. La dudosa constitucionalidad del Real Decreto-Ley 17/2018 de modificación del TR LITP y AJD

Cuando la episódica controversia jurídica suscitada en torno a la determinación del sujeto pasivo del AJD de préstamos hipotecarios parecía definitivamente sepultada bajo la Sentencia plenaria de la Sala Tercera del Alto Tribunal de 27 de noviembre de 2018, el Gobierno la fulminaba, y, por ende, también su histórica y consolidada jurisprudencia, con el

Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, de modificación del TR LITP y AJD, que operaba, ahora sí, un giro copernicano en la delimitación subjetiva del tributo. Según el reformado artículo 29 del TR LITP y AJD:

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.

Con todo, la reforma operada iba más allá de la polémica jurisprudencial, y la disposición final primera incrustaba un nuevo apartado m) en el artículo 15 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), que suponía excluir la deducibilidad, en este impuesto, de la deuda tributaria devengada por la modalidad de documentos notariales del AJD «en los supuestos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 29» del TR LITP y AJD.

Siguiendo las previsiones constitucionales del artículo 86.2 y 3 de la CE, el Congreso de los Diputados convalidó el real decreto-ley en su sesión plenaria de 22 de noviembre de 2018, acordando, además, su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia<sup>18</sup>. Las turbulencias políticas que han sacudido la XII Legislatura, y la precariedad de la mayoría parlamentaria que sostenía al Ejecutivo, abocaban al presidente del Gobierno a la disolución anticipada de las Cámaras con el Real Decreto 129/2019, de 5 de marzo. La disolución anticipada, o la expiración del mandato parlamentario, supone, en virtud del principio de caducidad de las actuaciones parlamentarias, que decaigan todos los proyectos o proposiciones de ley en tramitación y, por ende, también del Real Decreto-Ley 17/2018 convalidado y tramitado como proyecto de ley<sup>19</sup>, que apenas había consumido trámite parlamentario

<sup>18</sup> El artículo 86.2 y 3 de la CE, trasunto de la resistencia atávica a despojar de la función legislativa a su titular originario, prevé su convalidación por el Congreso de los Diputados en el plazo de un mes –que opera como una suerte de ratificación *ex post* del titular ordinario de la potestad legislativa– y, en caso de ser convalidado, su eventual tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, es decir, el restablecimiento de la capacidad legislativa ordinaria de las Cámaras que, sin perjuicio de la vigencia inmediata del decreto-ley, recuperan su plena capacidad de enmendar, adicionar o modificar, de debatir el nuevo proyecto de ley y de pronunciarse sobre la aprobación o veto del conjunto del proyecto de ley en su tramitación parlamentaria.

<sup>19</sup> La diputación permanente no tiene atribuida de ordinario el ejercicio de la función legislativa. Es dudoso, si el principio de caducidad de las actuaciones parlamentarias aplicable en caso de disolución se extiende también a la tramitación de proyectos de ley derivados de un decreto-ley convalidado. Si bien el artículo 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados salva las funciones constitucionales de la diputación permanente, y el artículo 78.2 de la CE se refiere genéricamente a las funciones del artículo 86 de la CE, el artículo 151.5 del Reglamento del Congreso solo atribuye a la diputación permanente la tramitación como proyectos de ley de los decretos-leyes que «el Gobierno dicte durante los periodos entre legislaturas».



alguno, y que, a la sazón, se encontraba pendiente del Informe de la Ponencia constituida en el seno de la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso. Es decir, y en la fecha de cierre de este estudio, se ha abortado su conversión en ley ordinaria, y estamos ante un simple decreto-ley –ciertamente convalidado<sup>20</sup>, pero sin que haya mudado en una ley ordinaria–; lo que significa que su legitimidad constitucional, como excepcional fuente de producción normativa, queda encorsetada en las estrechas costuras que hilvana el artículo 86.1 de la CE.

### 3.1. El control de constitucionalidad del decreto-ley en materia tributaria: su proyección sobre el Real Decreto-Ley 17/2018

La relación del decreto-ley y la materia tributaria, además de voluble y sinuosa, ha sido siempre constitucionalmente contingente. La existencia de una reserva formal de ley (arts. 31.3 y 133.1 CE y art. 8 LGT), y su vinculación genética con el principio de autoimposición, asociado históricamente al nacimiento de la institución parlamentaria (*there are not taxes without representation*), ha conferido a la legislación de urgencia –que, de suyo, supone la inmisión extraordinaria del Ejecutivo en la función legislativa constitucionalmente atribuida al Legislativo (art. 66.1 CE)– un carácter excepcional en el ámbito jurídico-tributario, tanto desde un punto de vista formal como material. El artículo 86.1 de la CE, pálido reflejo de la configuración constitucional del decreto-ley como híbrido normativo con cuerpo de decreto y alma de ley, dispone que:

En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán forma de decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, al régimen de las comunidades autónomas ni al derecho electoral general.

---

Sobre la controvertida atribución de potestad legislativa a la diputación permanente para tramitar como proyecto de ley un decreto-ley convalidado, véase Carmona Contreras (1997, pp. 277 y ss.). A fecha de cierre de este estudio, y siguiendo no solo la literalidad del Reglamento de la Cámara Baja, sino también el precedente parlamentario, la web oficial del Congreso de los Diputados publica la caducidad de la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-Ley 17/2018. Por el contrario, si llegó a promulgarse la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que realiza una parca referencia en su artículo 14.1 e) al AJD de préstamos hipotecarios que remite, sin añadir nada nuevo, a su normativa específica.

<sup>20</sup> El TC ha llegado a hablar de homologación de la situación de necesidad que justifica la situación de urgencia, sin perjuicio del ulterior control de constitucionalidad. Como advierte la STC 6/1983, de 4 de febrero, en su fundamento de derecho 5, «Lo que el artículo 86.2 de la Constitución llama “convalidación” es más genuinamente una homologación respecto de la existencia de la situación de necesidad justificadora de la iniciativa normativa encauzada por ese camino», que no excluye «el examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad formal de la norma», que corresponde privativamente al TC; control jurídico que no desplaza el juicio político que corresponde al Ejecutivo y al Congreso de los Diputados (STC 29/1982).



El control de constitucionalidad del decreto-ley supone la verificación de que su excepcional utilización no franquea los límites formal y material previstos en el artículo 86.1 de la CE. En efecto, según reiterada jurisprudencia del TC, el test de constitucionalidad de un decreto-ley debe sortear un doble control formal y material, a saber: a) la concurrencia del presupuesto habilitante de su excepcional utilización, que se identifica con la «extraordinaria y urgente necesidad» (control formal) y b) la no «afectación» del ámbito material negativo delimitado, en el que, ni siquiera concurriendo el presupuesto habilitante, puede penetrar el decreto-ley (control material)<sup>21</sup>. Nos proponemos, a continuación, proyectar ese doble filtro de constitucionalidad sobre el Real Decreto-Ley 17/2018.

### 3.1.1. El control formal: el presupuesto habilitante

El presupuesto habilitante que justifica la excepcional utilización del decreto-ley se identifica con la situación de «extraordinaria y urgente necesidad». A pesar de los contundentes epítetos que exhibe el artículo 86.1 de la CE, el TC ha relativizado su significado, con el propósito confesado de dotar a este instrumento normativo de una virtualidad aplicativa de la que, en otro caso, carecería<sup>22</sup>. Con todo, el citado tribunal no se ha quedado en estos enunciados genéricos e imprecisos, sino que ha intentado penetrar en el significado de la «extraordinaria y urgente necesidad», dibujando unos contornos más precisos de este concepto jurídico indeterminado, o lo que es lo mismo, configurando criterios objetivos para reducir su inherente y vaporoso halo conceptual. En este sentido, desde su STC 29/1982, desagrega el presupuesto habilitante en dos elementos diferentes, cuya concurrencia simultánea configura un criterio certero para su evaluación, un auténtico *test de urgencia*. En primer lugar, se exige la identificación de los motivos que amparan la supuesta urgencia, y que habrá que extraer de «la valoración conjunta de todos aquellos factores que deter-

<sup>21</sup> Sobre el control de constitucionalidad del decreto-ley en materia tributaria véase De Juan Casadevall (2012, pp. 127 y ss.).

<sup>22</sup> No responde a una, según la STC 6/1983:

[...] necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.

Es decir, basta con la necesidad de una acción normativa inmediata, ante la ineficacia del procedimiento legislativo ordinario, o de urgencia, para responder a una situación imprevisible, para que concurra el presupuesto habilitante. La inidoneidad alternativa del procedimiento legislativo, ordinario o de urgencia, el riesgo de frustrar una respuesta normativa inmediata a una coyuntura económica desfavorable, o a una situación imprevisible, permite al Ejecutivo invadir un espacio normativo que no le es propio, y arrogarse una potestad legislativa que, en condiciones normales, le está constitucionalmente vedada.

minaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma» (SSTC 29/1982, 182/1997, 11/2002, 137/2003), debiendo siempre tenerse presentes «las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno de los decretos-leyes enjuiciados» (SSTC 6/1983, 182/1997, 11/2002, 137/2003 y 189/2005). En segundo lugar, es necesario un juicio de adecuación entre la motivación esgrimida y las medidas concretas adoptadas por el decreto-ley. A nuestro modo de ver, no se configura como una relación de proporcionalidad, sino como un juicio de idoneidad, cualitativa y cuantitativa, temporal o permanente, para combatir, con la acción normativa inmediata, la situación de urgencia definida<sup>23</sup>.

Con estos mimbres debemos abordar el análisis del presupuesto habilitante del Real Decreto-Ley 17/2018, cuya exposición de motivos vincula a la situación de «incertidumbre» generada por la sucesión de sentencias contradictorias, que demandaría un marco jurídico estable tan esencial para el «desenvolvimiento normal del tráfico hipotecario». Y conecta el «presupuesto habilitante de urgencia de este decreto-ley», con la inaplazable necesidad de «poner fin de manera inmediata a la incertidumbre e inseguridad», toda vez que la «indeterminación» ha generado parálisis del mercado hipotecario. La invocación de la situación extraordinaria de inseguridad e incertidumbre constituye una novedosa justificación de la urgencia<sup>24</sup> que, sin embargo, no se compadece con la realidad, máxime cuando el pleno de la Sala Tercera ya había reducido su jurisprudencia disidente a un efímero y liviano accidente. Y así lo reconoce de forma palmaria la propia exposición de motivos cuando dice que «el 6 de noviembre de 2018, el pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha acordado volver a hacer recaer sobre el prestatario la obligación de pago del impuesto». Por lo demás, seguridad jurídica y extraordinaria y urgente necesidad son casi un oxímoron, en el que la seguridad jurídica demanda certidumbre y previsibilidad, y la urgencia inaplazable conmina a una acción normativa inmediata, que no puede sacrificarse a la tramitación ordinaria de un proyecto de ley. Un cambio normativo urgente que,

<sup>23</sup> Este test de urgencia ha sido clonado por toda la jurisprudencia constitucional que ha enjuiciado la legitimidad constitucional del decreto-ley en materia tributaria, como las SSTC 6/1983, 41/1983, 51/1983, 182/1997, 137/2003 y 189/2005.

<sup>24</sup> Generalmente se ha invocado una situación de coyuntura económica para recurrir a la legislación de urgencia. En este sentido, el TC ha estimado favorablemente la precariedad financiera de las Haciendas locales (STC 6/1983), el saneamiento del déficit público (STC 182/1991), el relanzamiento de la economía (STC 189/2005) o, en general, prácticamente cualquier «coyuntura económica problemática» (STC 223/1993). No negamos que la parálisis del mercado hipotecario que provocó la primera sentencia disidente, y la ulterior convocatoria del pleno, pudiera considerarse una coyuntura económica problemática. Sin embargo, lo fue con carácter transitorio, y quedó definitivamente restañada con la sentencia plenaria volviendo al criterio tradicional sobre el sujeto pasivo, y ello era sobradamente conocido el 7 de noviembre, cuando se anuncia por el Gobierno la elaboración de un decreto-ley (véase ABC de 7-11-2018), y el 8 de noviembre, cuando se promulga formalmente para su publicación oficial en el BOE al día siguiente.

por mor de la seguridad jurídica, pretende acabar con una dilatada jurisprudencia sobre el sujeto pasivo del AJD, para afianzar la jurisprudencia disidente, ya pulverizada por el pleno jurisdiccional, no solo nos aboca a una aporía irreductible, sino que tampoco se compadece con la necesaria conexión causal de las medidas legislativas implementadas con la situación de urgencia definida<sup>25</sup>.

La ruptura de ese nexo causal, que prefigura lo que hemos dado en llamar el *juicio de adecuación*, no puede encubrir que el decreto-ley persigue otra finalidad, que integra la segunda justificación esgrimida, y que no es otra que no desatender «el mandato constitucional de garantizar a los ciudadanos sus derechos como consumidores». Es esta finalidad encubierta la que, so pretexto de mitigar la incertidumbre generada, lleva a abrogar una constante jurisprudencia del TS para mudar el sujeto pasivo del tributo. Cambio legítimo, que no conculca el principio constitucional de capacidad económica, pero que no justifica una acción normativa inmediata, sin el necesario sosiego, la imprescindible racionalidad reflexiva y la irrenunciable legitimidad democrática, que impone la tramitación parlamentaria del procedimiento legislativo ordinario, o incluso, de urgencia, si así se pretendiera. No concurre el necesario juicio de adecuación entre las concretas medidas legislativas adoptadas y la explicitación de motivos en que pretendidamente se amparan aquellas. En este punto, las medidas adoptadas no se compadecen con los motivos que les sirven de fundamento, carecen de una conexión causal clara, o cuando menos, no son idóneas cualitativa y cuantitativamente. La conclusión que extraemos de lo hasta aquí razonado es que, a nuestro modo de ver, el decreto-ley no resiste el test de urgencia tal y como lo ha delimitado el TC.

### 3.1.2. El control material: la determinación de la materia «tributaria» excluida

El artículo 86.1 de la CE delimita el ámbito material negativo en el que el decreto-ley no puede penetrar. En particular, y en cuanto aquí nos interesa, la legislación de urgencia no podrá «afectar»<sup>26</sup> a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, entre los que se incardina el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado

<sup>25</sup> En esta línea se ha dicho que:

lo cierto es que el pronunciamiento del pleno de la Sala había eliminado ya esa incertidumbre (aún a costa del volver al criterio tradicional), y difícilmente puede considerarse urgente modificar un criterio, aunque erróneo a mi juicio, que ha venido aplicándose durante décadas (Falcón y Tella, 2018).

En un sentido similar, se pronuncia Pérez-Fadón (2019). El autor no duda en hablar de «populismo fiscal» que, probablemente, es lo que palpita en el controvertido decreto-ley.

<sup>26</sup> Una interpretación literalista del término «afectar» conllevaría la expulsión del decreto-ley del ámbito jurídico-tributario; tesis maximalista que fue desechada por el TC en sus primeras sentencias.

en los principios de igualdad, progresividad y no confiscatoriedad (art. 31.1 CE). Sin embargo, la íntima relación existente entre el principio de legalidad y la materia tributaria supuso la inicial identificación, o asimilación, del ámbito material excluido, con la reserva material de ley tributaria. Nótese que el artículo 133.1 de la CE proclama que la potestad originaria para establecer tributos corresponde al Estado mediante ley, que bien podía entenderse como ley en sentido formal, y que el artículo 31.3 de la CE, ubicado sistemáticamente en el título I, prevé que solo podrán establecerse prestaciones patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley. Ciertamente no se trataría de una reserva absoluta de ley, repelente de cualquier género de normación reglamentaria, pero sí de una reserva relativa que cubriría la creación *ex novo* del tributo, y la determinación de los elementos esenciales o configuradores de la obligación tributaria. Esta tesis que –siguiendo la terminología acuñada por el propio TC– podríamos denominar «doctrina de la coextensión», supone la identificación entre reserva relativa de ley tributaria y el ámbito material excluido del decreto-ley, y se explica por la confusión que anida en la textura híbrida de esta excepcional forma de producción normativa. La doctrina de la coextensión material, cuya más primitiva formulación germina en la temprana STC 6/1983 (FD 4)<sup>27</sup>, se mantuvo de forma invariable en las posteriores SSTC 41/1983 y 51/1983, hasta que con la STC 182/1997 se procede a «matizar explícitamente la doctrina de este tribunal sobre el sentido y alcance de los límites del decreto-ley cuando recae sobre materia tributaria» (FD 8)<sup>28</sup>. En síntesis, la matización consiste en vincular el ámbito material excluido del decreto-ley no tanto con la reserva relativa de ley tributaria (art. 31.3 CE), como con el deber constitucional de contribuir al levantamiento de las cargas públicas (art. 31.1 CE)<sup>29</sup>. De esta forma, el cambio de orientación jurisprudencial no es más

<sup>27</sup> Seguía aquí la jurisprudencia la tesis defendida por Martín Queralt (1979) consistente en identificar las materias excluidas de decreto-ley con la reserva material de ley tributaria.

<sup>28</sup> La sentencia emplea, al menos en dos ocasiones, el término «matizar», reiteración enfática que nos parece relevante en el lento y pausado *iter* evolutivo de la jurisprudencia constitucional, porque matizar no es lo mismo que revisar o modificar. Precisamente por ser una mera matización crítica, la primitiva doctrina no se abandona por completo, sino que coadyuva, y pasa a constituir un ingrediente esencial, de la novedosa doctrina que inaugura la STC 182/1997. Y es que, aun cuando la matización introducida en esta sentencia nos parece plenamente justificada, tampoco podemos obviar que existen derechos fundamentales proclamados en el mismo título I que presentan una íntima conexión con el principio de legalidad, como es el caso del derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos (art. 23.1 CE), y no podemos olvidar la honda significación que la representación parlamentaria tiene en nuestro sistema constitucional, y en la democracia parlamentaria clásica, por mor del principio de autoimposición, en el establecimiento y aprobación de los tributos.

<sup>29</sup> Cambio de orientación que nos parece plenamente justificado y que el TC fundamenta jurídicamente aduciendo que:

A los efectos de la interpretación del límite material establecido por la Constitución no es preciso vincular –como se hizo en la STC 6/1983– el ámbito del art. 86.1 CE («afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I», entre los que se encuentra el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos del art. 31.1 CE) con el de la reserva de ley que establecen el art. 31.3 CE («solo podrán establecerse prestaciones

que una «matización», que viene a conectar la alteración –o «afectación»–, del régimen general o de los elementos esenciales del tributo, cubiertos por la reserva de ley (art. 31.3 CE), con el deber constitucional de contribuir (art. 31.1 CE). Y a este planteamiento se añade un tercer elemento que es la consideración al tributo «afectado» a su naturaleza, estructura y función en el entero sistema tributario, y su propia permeabilidad al principio de capacidad económica. Como se afirma en el mismo fundamento de derecho 7 *in fine*:

Ahora bien, será preciso tener en cuenta en cada caso en qué tributo concreto incide el decreto-ley –constatando su naturaleza, estructura y la función que cumple dentro del conjunto del sistema tributario así como el grado o medida en que interviene el principio de capacidad económica–, qué elementos del mismo –esenciales o no resultan alterados por este excepcional modo de producción normativa– y, en fin, cuál es la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate.

En el supuesto enjuiciado, referido a la modificación de la escala de gravamen del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) por el Real Decreto-Ley 5/1992, el problema se reconduce a determinar el rol del IRPF en nuestro sistema tributario, y si la modificación operada, incide, cualitativa y cuantitativamente, en el deber de contribuir. La respuesta es necesariamente positiva<sup>30</sup>. Es más, cualquier alteración de un elemento esencial del IRPF

---

personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley») y el art. 133.1 CE («la potestad originaria para establecer los tributos corresponde al Estado, mediante ley»), como si fueran ámbitos coextensos; de modo que cualquier modificación tributaria que afecte a los elementos o aspectos del tributo cubiertos por el ámbito de la reserva de ley en la materia, quedarán vedados a su regulación mediante decreto-ley. Un esfuerzo hermenéutico semejante no se concilia con el propio sentido literal del precepto constitucional, que limita el ámbito material del decreto-ley sin referencia alguna a la reserva de ley.

Por lo demás, esta nueva orientación ha sido avalada también por la doctrina. Véase Falcón y Tella (1997). Y había sido avanzada por otros autores, como Pérez Royo (1985), que sostenía que «el deber de contribuir, entendido como elemento integrante del estatuto del ciudadano, debe considerarse afectado únicamente por las medidas que alcancen, desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo, una cierta relevancia respecto del conjunto del sistema tributario», por lo que debería evaluarse la trascendencia de las concretas medidas tributarias respecto al establecimiento, conservación y mejora del sistema tributario.

<sup>30</sup> La conclusión que alcanza el fundamento de derecho 9 no podría ser más rotunda:

El impuesto sobre la renta de las personas físicas, que es la figura tributaria en la que el precepto del decreto-ley enjuiciado ha introducido modificaciones, es un impuesto de carácter directo, personal y subjetivo, que grava la renta global de las personas físicas de manera progresiva (SSTC 45/1989, fundamento jurídico 2.º, 150/1990, fundamento jurídico 5.º, y 214/1994 (RTC 1994\214), fundamento jurídico 5.º). Constituye uno de los pilares estructurales de nuestro sistema tributario y, por sus características, recordadas expresamente en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 5/1992, cualquier alteración en sus elementos esenciales repercute inmediatamente sobre la cuantía o el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los contribuyentes. Al mismo tiempo, es sobre todo a través del IRPF como se realiza la personalización del reparto de la carga fiscal en el

afecta al deber constitucional de contribuir, y constituye materia vedada al decreto-ley, como declaraba la misma STC 189/2005, en relación con la modificación operada en tratamiento tributario de los incrementos y disminuciones de patrimonio. Y esa conexión directa con el deber constitucional de contribuir la extenderá más la STC 37/1917, de 8 de junio, relativa al Real Decreto-Ley 12/2012 sobre la mal llamada amnistía fiscal, a todos los impuestos sobre la renta, no solo ya al IRPF, sino también a los tributos que gravan la renta societaria y de no residentes. En cuanto aquí nos interesa, y respecto al impuesto sobre sociedades, razonaba en su fundamento de derecho 3 en los siguientes términos:

Por otra parte, al IS se le puede considerar, junto con el IRPF, como otra de las piezas básicas del sistema tributario y, concretamente, de la imposición directa en España. Se trata de otro tributo global sobre la renta, aunque en este caso de las personas jurídicas, que, con su integración con el IRPF, complementa el gravamen de uno de los índices de capacidad económica más importantes: la renta. De esta manera, sirve también al objetivo de personalizar el reparto de la carga fiscal según los criterios de capacidad económica y de igualdad, coadyuvando al cumplimiento de los principios de justicia tributaria y los objetivos de redistribución de la renta. Por tanto, la alteración sustancial de sus elementos esenciales podría afectar también al modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de las personas jurídicas que pongan de manifiesto una capacidad económica gravable.

La imbricación del deber constitucional de contribuir requiere un examen de cada concreta figura tributaria «afectada», su relación con el principio de capacidad económica, su función redistributiva, su carácter general o su reflejo en la presión fiscal global que soportan los ciudadanos. Por ello, en la STC 137/2003, de 3 de julio, al enjuiciar la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 12/1995, por el que se reducían los tipos de gravamen del impuesto sobre determinados medios de transporte, sostuvo que:

[no estamos ante] un tributo global sobre la renta o sobre el consumo, grava una específica manifestación de capacidad económica, la que se pone de manifiesto con la adquisición de vehículos. [...] no ha provocado un cambio sustancial de la

---

sistema tributario según los criterios de capacidad económica, igualdad, y progresividad, lo que lo convierte en una figura primordial para conseguir que nuestro sistema tributario cumpla los principios de justicia tributaria que impone el artículo 31.1 CE, dada su estructura y hecho imponible. Es innegable que el IRPF, por su carácter general y personal, y figura central de la imposición directa, constituye una de las piezas básicas de nuestro sistema tributario. Se trata, indudablemente, de un tributo en el que el principio de capacidad económica y su correlato, el de igualdad y progresividad tributarias, encuentran una más cabal proyección, de manera que es, tal vez, el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la renta (art. 131.1 CE) y de solidaridad (art. 138.1 CE) que la Constitución española propugna (STC 19/1987, fundamento jurídico 4.º) y que dotan de contenido al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE).

posición de los ciudadanos en el conjunto del sistema tributario, de manera que no ha afectado a la esencia del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el art. 31.1 CE.

Y a similares conclusiones llega la STC 108/2004, en relación con el impuesto sobre el alcohol y bebidas derivadas afectado por el Real Decreto-Ley 12/1996, de 26 de julio, o, incluso, en relación con el impuesto sobre sucesiones y donaciones, la STC 189/2005.

En conclusión, y a nuestro modo de ver, en virtud de la jurisprudencia constitucional expuesta, al decreto-ley le está vedado afectar a la esencia del deber constitucional de contribuir, que se identifica con el régimen general y los elementos esenciales de los tributos que, por su naturaleza, estructura y función, constituyen un pilar fundamental del sistema tributario, en la medida en que son expresión de una capacidad económica general, realizan una función redistributiva, o alteran de forma sensible la presión tributaria global que soportan los ciudadanos. El control de constitucionalidad material del decreto-ley se torna más riguroso, y exige superar un triple análisis: a) alteración del deber constitucional de contribuir en los términos constitucionalmente definidos (art. 31.1 CE); b) alteración de los elementos esenciales de la obligación tributaria (art. 31.3 CE); y c) función que despliega la concreta figura impositiva. Este enfoque analítico tridimensional configura la más acabada formulación del canon de constitucionalidad, que ahora hemos de proyectar sobre la materia tributaria *afectada* por el Real Decreto-Ley 17/2018.

Desde esta perspectiva, ya podemos avanzar que, aun cuando la delimitación subjetiva de un hecho imponible constituye un elemento esencial en su configuración normativa, no es menos cierto que la modalidad de la cuota variable del gravamen de documentos notariales del AJD ni representa, por su naturaleza, estructura y función, una pieza esencial de nuestro sistema tributario, ni mide una capacidad económica general, ni altera de forma sensible la presión tributaria global que soportan los ciudadanos. Como acertadamente advierte el preámbulo del real decreto-ley el AJD es «un impuesto indirecto e instantáneo que grava una específica manifestación de la capacidad económica, y no un tributo global sobre la renta o sobre el consumo», ni por su estructura o función, puede sostenerse que a través de «este impuesto especial se personalice el reparto de la carga fiscal en nuestro sistema tributario según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad». Más dudoso es que resista el control material de constitucionalidad el reformado artículo 15 m) de la LIS, en cuya virtud se excluye la deducibilidad fiscal del AJD pagado en el impuesto sobre sociedades. Desde la STC 37/2017 queda claro que, al igual que el IRPF, estamos ante una pieza esencial del sistema tributario, y concretamente de la imposición directa, un impuesto general y global sobre la renta de las sociedades, que personaliza el reparto de la carga tributaria de acuerdo con los criterios de capacidad económica e igualdad<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> La jurisprudencia menor corrobora este criterio, como es el caso de los Autos de 14 de diciembre de 2018 (rec. núm. 908/2016) y de 19 de diciembre de 2018 (rec. núm. 900/2016), en los que la Sección 7.ª de la



En este punto, el decreto-ley penetra indebidamente en el núcleo de un impuesto general sobre la renta, alterando un elemento esencial del mismo como es la base imponible, dimensión objetiva del hecho imponible y, por ende, magnitud de la riqueza gravada puesta de manifiesto por la realización del hecho imponible. La no deducibilidad del AJD de préstamos hipotecarios constituye una excepción singular a la regla general de deducibilidad de otras figuras tributarias, que obligará al prestamista a practicar un ajuste fiscal positivo a su resultado contable y que, no lo olvidemos, aboca a una injusta situación de doble imposición. Ciertamente, cabe aducir de contrario que el reformado artículo 15 de la LIS tiene un alcance muy limitado, y que solo afectará a una determinada tipología de sujetos pasivos, y de muy elevada capacidad económica como son las entidades financieras. Sin embargo, este no es un argumento jurídico<sup>32</sup>, y no se compadece en el canon de constitucionalidad construido por el TC, y, por lo demás, tampoco explica la excepcionalidad de la regla de no deducibilidad para el AJD que contraviene el principio de igualdad que moldea el deber constitucional de contribuir según el tenor literal del artículo 31.1 de la CE.

Por lo demás, y cualquiera que sea el resultado de filtrar el contenido material del decreto-ley con este canon de constitucionalidad, no podemos obviar que la superación del test de urgencia constituye un *prius* lógico del control de constitucionalidad, y que en este caso nos aboca, indefectiblemente, a la inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 17/2018.

#### 4. La incompatibilidad sobrevenida del AJD con el derecho de la Unión Europea

La abrupta reacción legislativa, reconfigurando el elemento subjetivo del gravamen variable del IAJD, no solo suscita un problema de constitucionalidad por la inidoneidad del instrumento normativo utilizado, sino también el de su posible compatibilidad con el derecho de la Unión Europea. En primer lugar, porque la nueva consideración del prestamista como sujeto pasivo del préstamo hipotecario se yuxtapone a un hecho imponible ya gravado por el impuesto sobre el valor añadido (IVA), y la invasión del campo magnético de este impuesto armonizado puede producir un efecto repelente de toda legislación nacional incompatible. Y

---

Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional eleva cuestión de inconstitucionalidad sobre el Real Decreto-Ley 2/2016 relativo a los pagos fraccionados en el impuesto sobre sociedades, y en los que *obiter dicta* –y *extra petita*– la Sala insinúa la posible inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 3/2016 que, en relación con la misma figura tributaria, reguló la reversión automática de deterioros de cartera, reduce el límite a la compensación de bases imponibles negativas y limita la aplicabilidad de deducciones en cuota.

<sup>32</sup> Tampoco sería un argumento jurídico sostener que, aunque este impuesto indirecto no consiente su repercusión jurídica al consumidor, es obvio que, sentada su no deducibilidad fiscal en el impuesto sobre sociedades, su traslación económica, en términos de comisiones bancarias o tipos de interés aplicables a los préstamos hipotecarios, se nos antoja absolutamente inevitable.



en segundo lugar, porque el nuevo gravamen sobre el prestamista puede crear una distorsión fiscal contraria a la libre circulación de capitales y/o libre prestación de servicios financieros.

#### 4.1. La perturbadora invasión del hecho imponible del IVA: el efecto directo vertical de una exención comunitaria

Como es sabido, el artículo 135.1 b) y c) de la Directiva 2006/112/CE, del Consejo, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del IVA, dispone, de forma categórica, que «los Estados eximirán», entre un amplio elenco de operaciones financieras, «la concesión, negociación y gestión de créditos», y la «prestación de fianzas, cauciones y otras modalidades de garantía». En virtud de este mandato normativo, el artículo 20.Uno.18 c) y f) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, declara exentos «la concesión de créditos y préstamos de dinero» y «la prestación de fianzas, cauciones, avales y demás garantías reales o personales»<sup>33</sup>. Y el artículo 401 de la citada directiva prevé que esta, «sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones comunitarias» no se opone al «mantenimiento o establecimiento por parte de un Estado miembro de impuestos sobre los contratos de seguros y sobre los juegos y apuestas, impuestos especiales, derechos de registro y, en general, de cualquier impuesto, derecho o gravamen que no tenga carácter de impuesto sobre el volumen de negocios», siempre que no den lugar a formalidades transfronterizas en los intercambios comunitarios. Como ya señalara el Tribunal de Justicia en *Banca Popolare di Cremona*, STJCE de 3 de octubre de 2006, C-475/03, «un impuesto, un derecho o una tasa tiene carácter de impuesto sobre el volumen de negocios en el sentido del artículo 33 de la Sexta Directiva» (precedente del vigente art. 401 de la directiva), cuando pueda «entorpecer el funcionamiento del sistema común del IVA al gravar la circulación de bienes y servicios e incidir en las transacciones comerciales de manera comparable a las que caracteriza al IVA». Esa interferencia en el funcionamiento del IVA se anuda, por una reiterada jurisprudencia comunitaria<sup>34</sup>, al concurso de cuatro características generales, que confieren al tributo

<sup>33</sup> La concesión de un préstamo hipotecario por una entidad financiera está sujeta a IVA, aunque exenta. Precisamente, la sujeción a IVA determina su compatibilidad interna con el AJD (art. 31.2 TR LITP y AJD). Por el contrario, el préstamo no empresarial está sujeto, pero exento, de ITP y, por ende, exento de cuota variable de AJD, lo que a efectos de este último gravamen, no deja de ser un tratamiento asimétrico entre el préstamo empresarial y el no empresarial. Con buen criterio, desde la Ley de reforma tributaria de 1964 hasta la Ley 32/1980, de 21 de junio, existió una regla de incompatibilidad entre la cuota variable de AJD y el impuesto general de tráfico de empresas. El vigente artículo 31.2 del TR LITP y AJD ya no nos conduce a esta solución interna, pero deja intacto el problema de su eventual incompatibilidad con el IVA desde una perspectiva estrictamente iuscomunitaria.

<sup>34</sup> Entre otras muchas, y además de *Banca Popolare di Cremona* ya citada, véanse *Rousseau Wilmot* (STJCE de 27 de noviembre de 1985, C-295/84), *Wisselink* (STJCE de 13 de julio de 1989, C-93 y 94/88), *Giant* (STJCE de 19 de marzo de 1991, C-109/90), *Aldo Bozzi* (STJCE de 8 de junio de 1999, C-347/90), *Pelzi* (STJCE de 8 de junio de 1999, C-338, 344 y 390/97), *Evangelischer Krankenhausverein Wien* (STJCE de

nacional incompatible el carácter de impuesto general sobre el volumen de negocios, y que son: a) el gravamen general de transacciones que tengan por objeto bienes y servicios; b) cuota tributaria proporcional a la contraprestación percibida por el sujeto pasivo; c) carácter plurifásico; y d) deducibilidad del impuesto satisfecho en fases anteriores del proceso productivo, y repercusión del impuesto devengado al consumidor final, de tal suerte que, en cada fase del proceso productivo, solo se grava el valor añadido.

El debate jurídico sobre la eventual incompatibilidad del AJD con el IVA se suscitó en relación con el gravamen gradual de la compraventa de inmuebles, realizada por empresario y sujeta a IVA, por el Auto del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña de 7 de abril de 2008, que elevó cuestión prejudicial, fundamentando su duda interpretativa desde la exclusiva perspectiva del artículo 33 de la Sexta Directiva. El Auto del TJCE de 27 de noviembre de 2008 entendió que el AJD era compatible con el IVA porque no sometía a tributación «con carácter general todas las transacciones que tengan por objeto bienes y servicios», sino solo transacciones económicas inscribibles, y porque no gravaba el valor añadido, al excluir la deducibilidad del tributo devengado en fases anteriores del proceso económico. Y en relación con la concreta compatibilidad del gravamen variable del AJD de préstamos hipotecarios con el IVA, ya se había pronunciado el TS en sus Sentencias de 20 de enero, 20 de junio y 31 de octubre de 2006 (rechs. 693/2001, 2794/2001 y 4593/2001, respectivamente), en las que rechazó elevar cuestión prejudicial porque: a) el AJD recae sobre el documento y no sobre el acto contenido en el mismo; b) el sujeto pasivo del AJD no es el prestamista sino el prestatario, y c) el AJD no recae sobre el volumen de negocios, «no tiene en cuenta los ingresos que para la actividad empresarial del prestatario pueden derivarse del préstamo concertado», el 0,50 del valor nominal del préstamo no funciona «como expresión de volumen de negocio alguno, a diferencia del IVA, que, en definitiva, es el impuesto que la directiva quiso y quiere salvaguardar». Por ello, y con buen criterio, el voto particular del magistrado Dimitry Berberoff a la Sentencia de 16 de octubre de 2018, que inicia la breve jurisprudencia disidente sobre el sujeto pasivo, sugería la conveniencia de una nueva intervención prejudicial del TJUE.

La novedosa atribución legal al prestamista de la condición de sujeto pasivo en el préstamo hipotecario cuestiona esta clara jurisprudencia del TS, y nos emplaza a plantearnos de nuevo el vidrioso problema de su compatibilidad comunitaria; pero no ya desde la perspectiva del artículo 401 de la directiva, que fácilmente nos conduciría a la solución ya conocida del Auto del TJCE de 27 de noviembre de 2008 –porque efectivamente el AJD no reúne las cuatro características esenciales exigidas por una constante jurisprudencia comunitaria para incompatibilizarlo con el IVA–, sino desde la perspectiva inédita de la clara yuxtaposi-

---

9 de marzo de 2000, C-437/97), *Tulliasiamies* (STJCE de 19 de septiembre de 2002, C-101/00) o *Kögar* (STJCE de 11 de octubre de 2007, C-283 y 312/06). Utilizaremos, indistintamente, el acrónimo TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) y TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), denominación vigente tras el Tratado de Lisboa, en función de la fecha de la resolución judicial.

ción del IVA y el AJD en la configuración del hecho imponible del préstamo hipotecario concedido por entidad financiera. En efecto, la regla de incompatibilidad del artículo 401 de la directiva no es única, ni excluyente, sino que se enuncia «sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones comunitarias»; locución que entendemos sinonímica del entero acervo comunitario<sup>35</sup>, entre cuyo amplio ramaje se incardinan las libertades comunitarias, o el llamado efecto directo vertical que cabría predicar del artículo 135.1 de la directiva en caso de defectuosa transposición interna. Para llegar a esta última conclusión debemos detenernos previamente en el alcance de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 17/2018, y volver sobre la vieja polémica doctrinal –a nuestro juicio, no resuelta satisfactoriamente– sobre la naturaleza del gravamen variable del AJD o, más precisamente, sobre la determinación del objeto de gravamen de esta «modalidad» del tributo.

En primer lugar, la reforma legal supone algo más que una accidental modificación del sujeto pasivo de nula repercusión en la naturaleza jurídica y configuración normativa del tributo. Se trata de una auténtica mutación subjetiva del hecho imponible, una alteración de su aspecto subjetivo, que conforma un nuevo hecho imponible, elemento estructural constitutivo del tributo<sup>36</sup>, cuya realización da lugar al nacimiento de la obligación tributaria

<sup>35</sup> En una primera aproximación, podríamos interpretarla como una velada salvaguarda de la posible concurrencia de otros impuestos objeto de regulación armonizada sobre hechos imposables ya gravados por el IVA, como la imposición sobre consumos específicos de tabacos, alcohol o hidrocarburos. Sin embargo, la proposición adversativa utiliza una fórmula muy amplia («disposiciones comunitarias»), que habilita la indagación de otro título jurídico de incompatibilidad en el entero acervo comunitario. Dentro de ese heterogéneo *acquis communautaire*, se ha distinguido entre un acervo sustancial, que se refiere a la realización de los objetivos comunitarios, y en el que se incorpora toda la jurisprudencia relativa a la realización de las libertades comunitarias y la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, y un acervo formal, que hace referencia a aspectos estructurales y formales del ordenamiento jurídico comunitario, como la afirmación jurisprudencial de la irreversibilidad de los compromisos comunitarios, y del carácter obligatorio del derecho comunitario construido sobre la base de la primacía del derecho comunitario y su aplicación directa. Véase Pescatore (1981, p. 331). Precisamente una de las primeras sentencias en las que se aplicarían estos dos principios estructurales del ordenamiento comunitario, *Van Gend & Loos*, STJCE de 5 de febrero de 1963, se produciría en el ámbito tributario, al enjuiciarse la norma neerlandesa que elevaba los derechos aduaneros en contra del Tratado de Roma.

<sup>36</sup> Como es sabido, el hecho imponible tiene una función constitutiva e identificativa del tributo. En su estructura se distingue un elemento objetivo y un elemento personal o subjetivo, que es el «vínculo que une a una persona con el elemento objetivo, y que según lo dispuesto por el legislador en cada caso determina en esa persona la condición de sujeto pasivo de la obligación tributaria». Véase Ferreiro Lapatzka (2010, pp. 256 y ss.). Especialmente crítico ha sido García Novoa (2018), para quien:

[...] el siguiente episodio de populismo fiscal vino de la mano del decreto-ley aprobado por el gobierno para modificar el sujeto pasivo de la modalidad de actos jurídicos documentados. Mediante una genuina expresión de legislación propaganda, se consuma el atentado a la técnica jurídica tributaria consistente en alterar el sujeto pasivo de un impuesto sin modificar aspecto alguno de su hecho imponible. Como si el sujeto pasivo no fuera el elemento subjetivo del hecho imponible y fuese posible designar indistintamente a un sujeto o a otro como contribuyente.

(art. 20.1 LGT), al revelar la capacidad contributiva de su sujeto pasivo (art. 31 CE). La reconfiguración del hecho imponible nos obliga a plantearnos de nuevo *qué* grava la cuota variable de documentos notariales, ¿la formalización notarial de un acto jurídico o un acto jurídico formalizado notarialmente?, ¿el *instrumentum* notarial o el *negotium* documentado? No pretendemos resucitar una vieja discusión doctrinal<sup>37</sup>, que ha dejado secuelas en nuestra jurisprudencia<sup>38</sup>, y ha descollado de nuevo con las disidentes SSTs de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, y sobre todo en el voto particular de Maurandi Guillén<sup>39</sup>, para quedar definitivamente zanjada por la Sentencia plenaria de la Sala Tercera del TS de 27 de noviembre de 2018<sup>40</sup>; sino de abrir un renovado debate jurídico sobre el aspecto material del

<sup>37</sup> Según Falcón y Tella (2008):

[el] gravamen es formalmente documental (pues si no hay documento no puede exigirse), pero que en el fondo recae sobre el contenido del documento, pues se cuantifica en función del valor del acto o contrato recogido en el mismo, y además es incompatible con los demás conceptos que recaen sobre el tráfico patrimonial (transmisiones patrimoniales onerosas, operaciones societarias e impuesto sobre sucesiones y donaciones) excepto con el IVA.

<sup>38</sup> En la STS de 3 de noviembre de 1997 se sostenía que:

[...] el hecho imponible de tal gravamen no es el documento; es, en realidad, la acción o situación atribuible o vinculada a una persona, en función de cuya realización, demostrativa de su capacidad económica, le es exigible el tributo. Por tanto, el hecho imponible del impuesto de cuota gradual de actos jurídicos formalizados en documentos notariales no es, propiamente, el documento notarial utilizado.

Este razonamiento jurídico puede rastrearse también, entre otras, en las Sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 1998, del TSJ de Madrid de 28 de mayo de 1998, del TSJ del Principado de Asturias de 30 de marzo de 1998, del TSJ de la Región de Murcia de 3 de junio de 1998, en el propio Auto del TSJ de Cataluña de 7 de abril de 2008, o en su Sentencia de 19 de diciembre de 2007, en la que se dice que:

[...] aunque se ha pretendido que el hecho imponible del impuesto sobre actos jurídicos documentados grave, teóricamente, el soporte documental de la operación empresarial de transmisión de bienes inmuebles, esta identificación del impuesto de la alícuota proporcional con un gravamen puramente documental es producto de la confusión de las normas reguladoras, pues el hecho imponible de tal gravamen no es el documento, sino una entidad compleja, constituida, entre otros elementos, por la realización de ciertos actos o contratos.

<sup>39</sup> Según el magistrado discrepante «esa genérica tributación engloba no una sino dos figuras tributarias distintas: un tributo sobre los documentos notariales (tributo sobre el *instrumentum* notarial) y un tributo sobre los actos jurídicos documentados notarialmente (tributo sobre el *negotium* notarial)». Esta distinción le permite sostener que solo el acreedor hipotecario revela una capacidad contributiva, porque se toma en consideración no solo «el importe de la obligación principal del préstamo, sino también una serie de partidas (intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos) que únicamente encarnan derechos económicos del acreedor hipotecario».

<sup>40</sup> En el fundamento de derecho 7 se reitera que «el hecho imponible del IAJD recae sobre el documento, y no sobre el acto, o actos, contenidos en el mismo, pues “lo que se grava es la formalización de ciertos documentos notariales, mercantiles y administrativos y no lo contratos o, en general, operaciones que el mismo pueda reflejar». Esta tesis, formulada *obiter dicta*, es más neutra desde la perspectiva de la ca-

hecho imponible, que cobra nuevos bríos con su reconfiguración subjetiva. A mi modo de ver, la dualidad liquidatoria abona la conclusión de que la cuota fija grava el documento notarial, mientras que la cuota variable grava el negocio jurídico subyacente documentado notarialmente. La exigencia cumulativa de ambas cuotas, y la específica incompatibilidad de la cuota variable con los tributos que gravan el tráfico patrimonial civil (art. 31.2 TR LITP y AJD) corroboran esta tesis. Y la determinación disyuntiva del sujeto pasivo del artículo 29.1 del TR LITP y AJD, que se proyecta sobre el «adquirente del bien o derecho» y/o «a las personas que insten o soliciten» no es más que un claro resabio de la confusa naturaleza del gravamen. Con todo, el elemento novedoso del reformado precepto legal es que el sujeto pasivo ahora es el prestamista, quien, por imperativo constitucional, pone de manifiesto la capacidad económica derivada de la realización del hecho imponible. La dimensión objetiva de ese hecho imponible, la magnitud de la riqueza gravada, su base imponible –constituida no solo por el nominal del préstamo, sino también por los intereses, penalidades e indemnizaciones, ex art. 30.1 TR LITP y AJD– está indisolublemente conectada al negocio jurídico subyacente, y totalmente desvinculada de su formalización documental, que ya tributa por la cuota fija. En mi opinión, el problema no reside en si cuota fija y cuota variable constituyen dos tributos distintos, o dos modalidades de un mismo tributo, sino en no confundir el hecho imponible genérico con el objeto específico del tributo. El hecho imponible es único, documentos notariales (arts. 27 y 28 TR LITP y AJD), pero el aspecto material de ese hecho imponible único puede consistir en la simple formalización notarial (cuota fija) o en el acto jurídico documentado (cuota variable).

La reconfiguración legal del hecho imponible determina en este punto la obsolescencia sobrevenida de la jurisprudencia del TS, también de la sentencia plenaria de su Sala Tercera, y, desde luego, ni vincula al TJUE<sup>41</sup>, ni tampoco se le ha planteado nunca<sup>42</sup>. Llegados a

---

capacidad económica del prestamista que si partimos de la base que el objeto de gravamen es el negocio jurídico subyacente.

<sup>41</sup> Según reiterada jurisprudencia comunitaria:

[...] la calificación a la luz del derecho comunitario de un impuesto, tasa, derecho o exacción corresponde efectuarla al Tribunal de Justicia en función de las características objetivas del tributo, con independencia de la calificación que le atribuya el derecho nacional.

Véase, a título de ejemplo, *Bautiaa y Société française maritime*, STJCE de 13 de febrero de 1996 (C-197/94 y C-252/94, acumulados).

<sup>42</sup> El Auto del TSJ de 7 de abril de 2008, aun cuando sostuvo que la cuota gradual del AJD «se desvincula del documento mismo y grava solo los actos o contratos cuya cuantía pueda ser determinada», centró la cuestión prejudicial planteada en su eventual incompatibilidad con el IVA desde la exclusiva perspectiva del artículo 33 de la directiva. Y el Auto del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2008 resolvió desde esta exclusiva perspectiva, para la que «resulta indiferente que el impuesto recaiga sobre unos actos jurídicos, como sostiene el órgano jurisdiccional remitente, o sobre su formalización por escrito como alegan los interesados». Por consiguiente, este es un debate que ni ha sido resuelto por el TJUE, ni está vinculado, a los efectos jurídico-comunitarios, por lo que haya fallado un tribunal interno, manteniendo intacta su autonomía de calificación jurídica a esos limitados efectos, como ha declarado en otras ocasiones.

este punto, deberemos concluir que, en materia de préstamos hipotecarios, concurre una perfecta identidad de hecho imponible, también en sus aspectos subjetivo y material, entre el IVA y el AJD<sup>43</sup>, pero con un distinto efecto jurídico-tributario, porque el préstamo hipotecario concedido por la entidad financiera está sujeto pero exento en el IVA, mientras que en el AJD está sujeto y no exento. Y la pregunta es obvia, ¿puede el legislador nacional crear un tributo doméstico similar, pero con otro *nomen iuris*, que no solo invade el hecho imponible del IVA, sino que además sujeta una prestación de servicios declarada exenta por el artículo 135.1 de la directiva? Y, en su caso, ¿es admisible crear, con otro ropaje jurídico formal, un impuesto similar al IVA que, no solo grava una operación exenta, sino que además, y desconociendo su característica neutralidad fiscal, ni permite la deducción de cuotas soportadas, ni consiente su repercusión jurídica?<sup>44</sup>

El conflicto entre norma comunitaria y norma estatal se resuelve con base en el principio de primacía del derecho comunitario<sup>45</sup> que sería proclamado en el celeberrimo caso *Costa c. Enel*, STJCE de 15 de julio de 1964 (C-6/64), sobre la base de diversos materiales jurídicos proporcionados por sentencias anteriores<sup>46</sup>. En efecto, la primacía del derecho comunita-

<sup>43</sup> El mismo sujeto pasivo, la misma transacción económica gravada que, además, es «expresión del volumen de negocio» del prestamista entidad financiera, cuyo tráfico empresarial consiste, entre otras operaciones financieras, en la concesión de préstamos hipotecarios. Es decir, han desaparecido los tres óbices normativos detectados por el TS para no plantear cuestión prejudicial.

<sup>44</sup> En un sentido muy similar, alguna doctrina había defendido que la controvertida compatibilidad conllevaba un tipo incrementado o recargo sobre el IVA no deducible para el destinatario. Véase Falcón y Tella (2005).

<sup>45</sup> La primacía del derecho comunitario se erige en un principio basililar para el correcto engranaje del ordenamiento comunitario en los respectivos sistemas jurídicos nacionales. Por su importancia fundamental en la articulación de esa mutua relación entre ambos sistemas jurídicos, se introdujo en el Tratado constitucional, y hubo de ser sacrificado más tarde, en el proceso que conduciría al Tratado de Lisboa como salida a la crisis constitucional. En efecto, el artículo 6 del Tratado de 29 de octubre de 2004, por el que se incluye una Constitución Europea, establecía que: «La Constitución y el derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que le atribuyen a esta primarán sobre el derecho de los Estados miembros». Sin embargo, su eliminación con el Tratado de Lisboa no supone la mutilación de un principio que ya venía reconocido de forma unánime por la jurisprudencia, aunque sí la supresión de una norma que tenía una cierta proyección constitucional. Quizás por ello, de forma admonitoria, en la Declaración 17 anexada al Tratado de Lisboa, la Conferencia «recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas en la citada jurisprudencia».

<sup>46</sup> En *Costa c. Enel.*, se afirmó la primacía del derecho comunitario con base en el principio de atribución de competencias, el deber de abstención de cualquier medida que contravenga los objetivos comunitarios (art. 10.2 TCE, antiguo art. 5.2 TCEE), y la aplicabilidad y eficacia directa del derecho comunitario. Más tarde, en la no menos fundamental *Simmenthal*, STJCE de 9 de marzo de 1978, reconocerá que:

[...] en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, las disposiciones del tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones

rio descansa en los principios de aplicabilidad directa y efecto directo, que tienen un doble origen legal y jurisprudencial<sup>47</sup>, y son recíprocamente complementarios:

[...] la directa aplicabilidad supondría una referencia técnica, la «autosuficiencia» de la norma, no necesitada de ninguna medida comunitaria ni nacional para su aplicación interna; y el efecto directo, una referencia a la vez técnica y tuitiva: la invocabilidad de la misma por los particulares, al haber creado la norma comunitaria determinados derechos protegibles (Vilà Costa, B. *et al.*, 2002, p. 152)<sup>48</sup>.

Con carácter general, la aplicabilidad directa se reconoce a los tratados constitutivos y a los reglamentos, y carecerían de esta cualidad las directivas y decisiones. Esa nítida distinción ha sido relativizada por una constante jurisprudencia comunitaria, que anuda la aplicabilidad directa y el efecto directo al concurso de un triple requisito:

- Que se trate de una disposición *clara*, sin ambigüedades, y cuya vocación normativa sea fácilmente deducible por el juez ordinario, sin perjuicio de que admita diversas interpretaciones.
- Que se trate de una decisión *precisa* en la delimitación de su objeto específico, o la identificación del derecho establecido o la obligación impuesta a su destinatario.
- Que se trate de una norma «autosuficiente» (completa y perfecta), e incondicional (no sujeta a plazos, reservas o condiciones).

---

con el derecho interno... hacer inaplicable de pleno el derecho, por el mismo hecho de su entrada en vigor, toda disposición nacional contraria existente.

Como ha señalado Ruiz-Jarabo (1993, pp. 61 y ss.), con la sentencia *Simmenthal* se llega mucho más lejos. Las normas comunitarias, por el juego combinado de la primacía y del efecto directo, adquieren inmediatamente la condición de normas positivas del sistema jurídico propio de los Estados miembros. En definitiva, confieren al juez nacional un poder extraordinario, al «permitirle controlar la comunitariedad de su legislación nacional, que modifica de hecho el sistema constitucional de los Estados miembros».

<sup>47</sup> El artículo 198 del TCEE establecía que «los reglamentos son directamente aplicables en todos los Estados miembros», mientras que la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, que arranca de la temprana sentencia *Van Gend and Loos*, hubo de pronunciarse sobre «si el art. 12 del Tratado tiene un efecto interno; es decir, si los nacionales de los Estados miembros pueden hacer valer, en base a dicho artículo, derechos subjetivos que el juez debe salvaguardar». En cuanto a la aplicabilidad directa, no estamos ante un atributo privado del derecho comunitario, sino ante una característica de la recepción del derecho internacional en el derecho interno, al menos en los sistemas monistas, al que se adscribe nuestro propio ordenamiento jurídico (art. 96 CE y art. 1.5 Código Civil). En este sentido, la aplicabilidad directa supone que la norma comunitaria pasa a formar parte del ordenamiento interno, y a diferencia de algún otro ordenamiento interno como el *common law*, desde su misma publicación oficial y sin necesidad de un acto de incorporación expresa. Por el contrario, el efecto directo solo se predica de las normas que constituyen fuente directa de derechos y obligaciones para sus destinatarios, directamente invocables ante el juez nacional.

<sup>48</sup> Véase también Winter (1972, pp. 425 y ss.).



Según el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la directiva «obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». Por su propia estructura incompleta, y condicionada a su transposición, es una norma necesitada de la intermediación estatal para su efectiva incorporación al ordenamiento interno. Otra cosa es que, desde el punto de vista de su contenido material, sea una norma clara, precisa y autosuficiente, susceptible de ser invocada directamente por sus destinatarios. En este caso, podemos hablar de un efecto directo parcial y limitado; parcial porque solo se produce en supuestos de tardía o defectuosa transposición, de lo contrario, solo sería invocable la disposición de derecho interno que ejecuta o desarrolla correctamente la directiva; y limitado, porque la invocabilidad directa solo sería oponible al Estado (efecto directo en sentido vertical), y no en relación con los particulares (efecto directo en sentido horizontal)<sup>49</sup>.

El efecto directo en sentido vertical puede ser difícil de apreciar en las directivas de armonización fiscal, a las que exigir el suficiente grado de precisión, claridad y autosuficiencia colisiona con su carácter genérico e indeterminado en una materia esencialmente técnica y compleja necesitada del complemento normativo estatal. Sin embargo, en ocasiones presenta el suficiente grado de detallismo para defender su efecto directo, como es el caso de la vigente Directiva de IVA. Aun cuando existen aspectos de este impuesto armonizado en que es necesario reconocimiento de un ámbito de discrecionalidad al Estado destinatario, que imposibilita su efecto directo (horquilla del tipo impositivo, posible aplicación de tipos reducidos, etc.), no ocurre así con las exenciones tributarias, que gozan del necesario grado de claridad y precisión, y confieren un derecho subjetivo susceptible de ser invocado.

Sobre la base de estos parámetros normativos, y con el necesario rigor técnico, podríamos sostener que estamos ante una defectuosa transposición del artículo 135.1 de la directiva, que se pronuncia en términos categóricos («Los Estados eximirán...»), de forma clara, precisa y autosuficiente, estableciendo un derecho subjetivo a favor del prestamista (exención), susceptible de desplegar un efecto directo vertical ascendente *in bonus* de la directiva defectuosamente transpuesta<sup>50</sup>, desplazando así la aplicación del reformado artículo 29.1 del TR LITP y AJD.

<sup>49</sup> La Corte de Luxemburgo ha reconocido el efecto directo de estas directivas con base en un doble argumento. En primer lugar, esgrimiendo su «efecto útil», que se vería debilitado si los nacionales no pudieran invocar las directivas ante sus respectivas jurisdicciones. Y, en segundo lugar, recurriendo a la doctrina del «estoppel», que supone que los Estados miembros no pueden oponer a sus particulares su propio incumplimiento de las disposiciones de las Directivas. Véase Mata Sierra (1998, p. 190). Como lógico corolario de esta doctrina, ese efecto directo vertical siempre debe producirse en sentido ascendente, es decir, invocando un derecho subjetivo o situación jurídica activa frente al Estado incumplidor, y nunca en sentido opuesto, que integraría un anómalo efecto directo inverso *in peius*.

<sup>50</sup> En contra, podría sostenerse que la Directiva de IVA ha sido correctamente transpuesta por el artículo 20.Uno.18 c) y f) de la Ley del IVA, que efectivamente contemplan una exención objetiva para el préstamo



## 4.2. Una distorsión fiscal a la libre circulación de capitales y/o prestación de servicios financieros

La exacción del AJD de préstamos hipotecarios puede constituir una distorsión fiscal de mercado, contraria a la libertad de movimiento de capitales (arts. 63 y ss. TFUE), a la que se asimila la libre prestación de servicios financieros. La plena liberalización de los movimientos de capitales se realizó con la Directiva 88/361/CEE, se constitucionaliza con el Tratado de Maastricht y proyecta su radio de acción no solo respecto de las relaciones comunitarias sino también respecto de nacionales de terceros Estados. El efecto directo del artículo 56 del Tratado de la Comunidad Europea (actual art. 63 TFUE) ha sido reiteradamente establecido por la jurisprudencia comunitaria, y, desde *Verkooijen*, STJCE de 6 de junio de 2000 (C-35/98), se atribuye a los anexos de la precitada directiva valor orientativo en la delimitación conceptual de los movimientos de capitales. Pues bien, la supresión de medidas que puedan constituir una restricción a la libertad de movimiento de capitales alcanzaría a los préstamos, garantías y otras operaciones financieras que figuran en el anexo I, apartados I, VIII y XI de la directiva.

Nótese que no estamos sugiriendo que existe una discriminación fiscal, que en realidad no concurre, y que supondría ignorar el esquema analítico elaborado por el TJUE para la detección de una discriminación/restricción fiscal<sup>51</sup>, sino, simplemente, afirmando que la

---

hipotecario. Pero entonces cabría preguntarse si el Estado miembro puede invadir ese hecho imponible exento para, con otra figura tributaria, declararlo sujeto a otro gravamen, desconociendo la esencia de la función armonizadora del IVA que, desde el Informe Newmark, no es otra que evitar distorsiones de la imposición indirecta en el mercado de bienes y servicios. En esta tesitura, cabría preguntarse también si estamos ante un Estado incumplidor, y, por ende, si el sujeto pasivo puede invocar el efecto directo de la directiva para tutelar su derecho subjetivo a la exención tributaria.

<sup>51</sup> En una primera aproximación, la discriminación fiscal consiste en la aplicación de normas tributarias distintas a situaciones comparables, o en la aplicación de la misma norma fiscal a situaciones diferentes. Pero, partiendo de la tradición de los sistemas jurídicos nacionales fielmente reflejada en la jurisprudencia del TJCE, podemos precisar más el concepto. En este sentido, habrá discriminación cuando se otorgue un trato fiscal diferente a situaciones similares, o un trato igual a situaciones diferentes, siempre que no concorra una justificación objetiva y razonable de interés general, y que ese tratamiento diferenciado no sea desproporcionado para satisfacción del fin legítimo perseguido. Por tanto, el enfoque analítico para el descubrimiento de una discriminación/restricción fiscal, sin perjuicio de alguna que otra reconocida especificidad, responde a un parámetro predeterminado. La estructura del razonamiento jurídico utilizado por el TJCE reproduce siempre un mismo esquema lógico-deductivo que, enunciado de forma sintética, es el siguiente: a) análisis de la comparabilidad de situaciones; b) identificación de un tratamiento diferenciado; c) ausencia de causa de justificación; d) test de proporcionalidad. Véase De Juan Casadevall (2010, pp. 95 y ss.). Este enfoque analítico, esencialmente concebido para el análisis comparativo de la imposición directa, es inadecuado para abordar el tema que aquí nos ocupa. En cualquier caso, en no pocas sentencias, el TJUE ha apreciado la concurrencia de una restricción fiscal contraria a las libertades comunitarias sin sujetarse a este estricto enfoque analítico. Es el caso de *Dassonville*, STJCE de 11 de julio de 1974 (C-8/74); *Rewe-Zentral*, STJCE de 20 de febrero de 1979 (C-120/78); *Safir*, STJCE de 28

exigencia del AJD en sede del prestamista constituye una barrera fiscal que distorsiona el libre movimiento de capitales.

El tribunal de justicia utiliza indistintamente los términos discriminación, restricción, obstáculo o disuasión, lo que dificulta extraordinariamente cualquier precisión teórica al respecto. La noción de restricción procede de *Dassonville*, que la concibe como toda medida capaz de dificultar directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario; o en un sentido muy lato, toda medida que dificulte el ejercicio de las libertades comunitarias fundamentales (González García, 2004)<sup>52</sup>. El enfoque de las restricciones parece más economicista, propone la erradicación de los obstáculos que dificultan la realización del mercado interior, impidiendo las medidas que favorezcan el comercio interior en detrimento del comercio intracomunitario, aun cuando no dispensen un trato diferenciado en función de la nacionalidad o residencia del operador económico. Se trata de normas neutras en su concepción, cuyos efectos en una situación transnacional pueden producir algún tipo de discriminación (Iglesias Casais, 2007, pp. 74 y ss.)<sup>53</sup>. En nuestra opinión, el efecto económico práctico de la medida es la única diferencia estructural relevante con la discriminación fiscal<sup>54</sup>, amén del distinto régimen de justificaciones, que en primer caso solo consiente las justificaciones expresamente tasadas en el TFUE, mientras que en el segundo admite también las exigencias imperativas de interés general de elaboración jurisprudencial.

---

de abril de 1998 (C-118/96); *Trummer*, STJCE de 16 de marzo de 1999 (C-222/97); *Futura*, STJCE de 15 de mayo de 1997 (C-250/95); *Svensson*, STJCE de 14 de noviembre de 1995 (C-484/93); *Sandoz*, STJCE de 14 de octubre de 1999 (C-439/97); *Skandia*, STJCE de 26 de junio de 2003 (C-422/01), o *Schröder*, STJUE de 31 de marzo de 2011 (C-450/2009).

- <sup>52</sup> La autora sostiene, desde un estudio en profundidad de la jurisprudencia comunitaria, que ambos conceptos se diferencian por la perspectiva analítica, «mientras en la discriminación lo esencial es determinar la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes, en la restricción lo que interesa es determinar los efectos producidos por una determinada normativa o medida, capaz de dificultar directa o indirectamente, actual o posteriormente, el ejercicio de las libertades fundamentales comunitarias». Por ello, afirma que toda discriminación conlleva una restricción, pero que no toda restricción presupone discriminación.
- <sup>53</sup> Vanistendael, citado por este autor, sostiene que existirá restricción prohibida cuando la medida tributaria divida el mercado único en múltiples mercados internos, y los factores que contribuyan a determinar las respuestas sean esencialmente económicos. En mi opinión, estamos ante normas neutras que, no tanto en su concepción como en su aplicación, pueden producir una distorsión fiscal. El concepto de restricción fiscal se corresponde con el de distorsión fiscal tal y como ha sido esbozado más arriba.
- <sup>54</sup> En contra, González García (2004, p. 25), que defiende que uno de los aspectos esenciales para distinguir entre ambas figuras es «el término de comparabilidad, que estará siempre presente en situaciones de discriminación, pero podrá existir o no, en situaciones de restricción». Sin embargo, entendemos que siempre existe término de comparabilidad, otra cosa es que sea aislado correctamente, o su grado de comparabilidad concurrente, o su mayor laxitud en la restricción. Pero siempre habrá de apreciarse una mínima comparabilidad, también para determinar ese efecto restrictivo. En el caso que aquí nos ocupa habrá que buscarlo en la existencia de otros impuestos similares al AJD, en otros mercados hipotecarios, que penalicen al prestamista/acreedor hipotecario.

dencial. Esa mayor amplitud conceptual de la restricción fiscal lo convierte en un concepto más versátil para detectar posibles transgresiones de las libertades comunitarias. O dicho en otros términos, la idea clásica de discriminación se ha revelado insuficiente para colmar las exigencias comunitarias de eliminación de barreras fiscales, mientras que la noción de restricción fiscal presenta una connotación más economicista y amplia que, desde la perspectiva analítica de sus efectos prácticos, permite la depuración de todas las distorsiones fiscales que impiden directa o indirectamente, actual o potencialmente, la plena realización del mercado interior. En términos generales, el concepto englobaría las *restricciones de entrada* (respecto del Estado de acogida, *host country*) y las *restricciones de salida* (respecto del Estado de origen, *home country*). Pues bien, la exigencia al prestamista del AJD que grava préstamos hipotecarios puede constituir una restricción fiscal de entrada, una barrera fiscal que dificulte que operadores financieros, comunitarios o extracomunitarios, concedan préstamos formalizados en el extranjero que produzcan «cualquier efecto, jurídico o económico, en España» (art. 6.1 C) TR LITP y AJD), como puede ser la constitución de una hipoteca sita en el territorio nacional. Y a idéntica conclusión llegaremos si, siguiendo la tesis del TS, concebimos la cuota variable del AJD como un mero gravamen documental, y no como un tributo del negocio jurídico subyacente. El artículo 11 de la Directiva 2008/7/CE prohíbe someter los empréstitos a tributación, cualquiera que sea el emisor, así como sus formalidades, y en su preámbulo recuerda que los impuestos como los *Stamp Duty*, dan lugar a «discriminaciones, doble imposición y disparidades que obstaculizan la libre circulación de capitales». Y en este sentido, la STJUE de 1 de octubre de 2009, C-569/07, declaró la ilegalidad del *Stamp Duty Reserve Tax* británico por contravención del artículo 11 de la citada directiva. El parentesco con nuestro AJD, reminiscencia histórica de la vieja imposición del Timbre<sup>55</sup>, es evidente.

En otro orden de cosas, también será decisiva, en este ámbito, la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial planteada el 6 de septiembre de 2018 por la Comisión Tributaria de Lombardía (C-565/18), sobre la compatibilidad con la libertad de movimiento de capitales del impuesto italiano sobre transacciones financieras. Una decisión que, tras el frustrado intento de promover una regulación europea parcheada vía cooperación reforzada, será fundamental para dilucidar la viabilidad jurídica de este nuevo impuesto que ha florecido en diversas legislaciones domésticas.

## 5. Valoración crítica

El gravamen documental AJD, residuo decimonónico de la atávica imposición del Timbre, constituye un precipitado normativo heterogéneo, cuya técnica legislativa y acomodo a los modernos postulados constitucionales de justicia tributaria deja mucho que desear.

<sup>55</sup> Sobre la evolución histórica del AJD de préstamos hipotecarios, véase Adame Martínez (2018).

Ello es especialmente cierto en relación con la cuota variable, cuya configuración como mera modalidad del tributo o como tributo separado ha sido muy discutida por la doctrina. Efecto reflejo de esa controvertida concepción congénita del gravamen variable ha sido la discusión sobre su objeto material –el documento o el acto jurídico documentado– y las dudas más que razonables en la determinación del sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios, que llevaron a una doctrina científica muy relevante a atribuirle al prestamista. Por el contrario, el TS, sin fisuras en su inveterada jurisprudencia, atribuía la condición de sujeto pasivo al prestatario, y la corroboró en su Sentencia del pleno jurisdiccional de la Sala Tercera de 27 de noviembre de 2018, arrumbando la volátil jurisprudencia disidente de octubre de 2018. La precipitación legislativa para corregir esa jurisprudencia consolidada, y confirmada por el pleno jurisdiccional, en el que alguna doctrina ha visto un ejercicio censurable de «populismo fiscal», produce unos efectos colaterales, sin duda impremeditados, que pueden dar al traste con la reforma. El primero de ellos, se refiere al uso abusivo del decreto-ley que, cualquiera que sea el color político del Gobierno de turno, viene siendo demasiado frecuente en un segmento del ordenamiento jurídico que tiene una relación umbilical con el principio de legalidad. El segundo se refiere a su dudosa compatibilidad con el derecho de la Unión y, en particular, a su mimetización con el hecho imponible del IVA, que deja expedita la posible invocación del efecto directo vertical de la exención tributaria, y a la notable distorsión fiscal que puede suponer el reconfigurado AJD en el mercado hipotecario español. Llegados a este punto, hemos de concluir que llueve sobre mojado, y que a una defectuosa técnica legislativa en la configuración del gravamen del préstamo hipotecario se adiciona ahora una precipitada e irreflexiva intervención legislativa para reabrir un tema que estaba cerrado, y que plantea serios problemas jurídicos que pueden concluir con su inconstitucionalidad, su incompatibilidad con las libertades comunitarias o su desplazamiento por la Directiva del IVA. A todo ello hay que añadir el notable daño inferido a la reforzada función nomofiláctica del recurso de casación –y que tan necesaria era, y es, en materia tributaria– y la ambigüedad calculada del TC, que lejos de determinar, de forma clara y precisa, quién es el sujeto pasivo que exterioriza la capacidad económica gravada en el préstamo hipotecario, abdica de su función constitucional para refugiar su indolencia en una vacua «opción de política legislativa» (ATC de 18 de enero de 2005). El paisaje tras la batalla es desolador, y nos emplaza, ahora ya de forma ineludible, a acometer la modernización de esta rancia figura tributaria, que pasa por su configuración como una tasa, o sencillamente, por su supresión, como ya sugiriera el Informe Lagares (Ministerio de Hacienda, 2014, p. 261)<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> El Informe aconseja la supresión de la cuota variable, cuando lo permita la situación presupuestaria, porque no grava una concreta manifestación de capacidad económica.

## Referencias bibliográficas

- Adame Martínez, F. (2018). El sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en los préstamos con garantía hipotecaria. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 429, 5-46.
- Carmona Contreras, A. M. (1997). *La configuración constitucional del Decreto-ley*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Expansión. (18-10-2018). *El TS vuelve a cambiar: es el banco quien debe pagar el impuesto de los préstamos hipotecarios*.
- El País. (18-10-2018). *Revés del Supremo a los bancos: son ellos y no el cliente quienes deben pagar el impuesto de las hipotecas*.
- El País. (22-10-2018). *El Tribunal Supremo fija para el próximo 5 de noviembre el pleno para aclarar quién pagará el impuesto de las hipotecas*.
- El Mundo. (7-11-2018). *El Tribunal Supremo da la razón a los Bancos y falla que el cliente pague el impuesto de las hipotecas*.
- Falcón y Tella, R. (1997). Decreto-ley, reserva de ley y deber de contribuir: nuevas orientaciones de la jurisprudencia constitucional. *Quincena Fiscal*, 19.
- Falcón y Tella, R. (2005). *Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. Madrid: Iustel.
- Falcón y Tella, R. (2008). La incompatibilidad entre el IVA y el gravamen proporcional de AJD: el Auto del TSJ de Cataluña de 7 de abril de 2008. *Quincena Fiscal*, 18, 7-12.
- Falcón y Tella, R. (2018). De nuevo sobre el sujeto pasivo del AJD en los préstamos hipotecarios. La STS de 6 de noviembre de 2018 y el RD Ley 17/2018, de 8 de noviembre. *Quincena Fiscal*, 22, 9-14.
- Ferreiro Lapatza, J. J. (2010). *Instituciones de Derecho Financiero*. Barcelona: Marcial Pons.
- González García, G. (2004). Una aproximación al contenido de los conceptos de discriminación y restricción en el Derecho Comunitario. *IEF*, 8, 1-64.
- García Gil, J. L., García Gil, M. y García Gil, F. J. (2001). *Tratado del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. Madrid: Dijusa.
- García Novoa, C. (2018). *La postverdad del impuesto a las hipotecas y el populismo fiscal*. Taxlandia.
- Iglesias Casais, J. M. (2007). *No discriminación fiscal y Derecho de establecimiento en la Unión Europea*. Pamplona: Thomson Aranzadi.
- Juan Casadevall, J. de. (2010). *El principio de no discriminación fiscal como instrumento de armonización negativa*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters.
- Juan Casadevall, J. de. (2012). Reflexiones sobre la constitucionalidad del Real Decreto-ley de reinstauración del Impuesto sobre el Patrimonio. *Quincena Fiscal*, 19.
- La Vanguardia. (18-10-2018). *El Tribunal Supremo respalda que el banco pague el impuesto de las hipotecas*.
- Martín Queralt, J. (1979). La ordenación constitucional del Decreto-ley en materia tributaria. *REDF*, 24.
- Mata Sierra, M. T. (1998). *La armonización fiscal en la Comunidad Europea*. Valladolid: Editorial Lex Nova.
- Ministerio de Hacienda. (2014). *Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del sistema tributario español*. Madrid.



- Pérez-Fadón Martínez, J. J. (2019). Sujeto pasivo de la cuota gradual de documentos notariales, según el Real Decreto-ley 17/2018. *Carta Tributaria*, 46.
- Pérez Royo, F. (1985). Principio de legalidad, deber de contribuir, y Decretos-leyes en materia tributaria. *REDC*, 13, 41-70.
- Pescatore, P. (1981). Aspectos judiciales del «acervo comunitario». *Revista de Instituciones Europeas*, 8(2), 331-366.
- Ruiz-Jarabo Colomer, D. (1993). *El juez nacional como juez comunitario*. Madrid: Cuaderno de Estudios Europeos.
- Vilà Costa, B., Abellán Honrubia, V. y Olesti Rayo, A. (2002). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid: Ariel Derecho.
- Winter, J. A. (1972). Direct applicability and Direct Effect, two distinct and different concepts in Community Law. *Common Market Law Revue*, 4, 425-438.