

El sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en los préstamos con garantía hipotecaria

Francisco Adame Martínez

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad de Sevilla

EXTRACTO

La determinación del sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados ha sido una cuestión conflictiva desde la aprobación de este tributo. Las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo han venido manteniendo tesis distintas. En tres Sentencias de 16, 22 y 23 de octubre, la Sección Segunda de su Sala Tercera cambió lo que era su doctrina tradicional y decidió que el sujeto pasivo era el banco. Tres semanas después el pleno de dicha sala decidió cambiar de nuevo y considerar sujeto pasivo al prestatario. Posteriormente, el Gobierno ha decidido modificar la ley del impuesto para establecer que el sujeto pasivo es el banco.

Palabras clave: AJD; sujetos pasivos; hipotecas; jurisprudencia Tribunal Supremo.

Taxpayer of tax on documented legal acts in loans with mortgage guarantee

Francisco Adame Martínez

ABSTRACT

The determination of the taxpayer of the tax on documented legal acts has been a controversial issue since the approval of this tax. Inside the Supreme Court the First Chamber (Civil Matters) and Third Chamber (for Contentious Administrative Proceedings) have been maintaining different theses. In three Sentences of 16, 22 and 23 October, the specialized Section on tax law of the Third Chamber changed his traditional doctrine and decided that the taxpayer was the bank. Three weeks later, the Plenary of the Third Chamber decided to change again and considered the borrower as taxpayer. Finally, the Government has decided to modify the law to establish that the taxpayer is the bank.

Keywords: documented legal acts; taxpayers; mortgages; Supreme Court case-law.

Sumario

1. Introducción
2. Evolución de la regulación legal del sujeto pasivo
3. Evolución de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en recursos contra cláusulas abusivas
4. Evolución de la jurisprudencia de la Sala Tercera: Especial análisis de la doctrina recogida en sus Sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018
5. Los últimos acontecimientos: La nueva doctrina del pleno de la Sala Tercera y la aprobación del Real Decreto-Ley 17/2018
6. Consideraciones sobre la compatibilidad del impuesto sobre actos jurídicos documentados con el derecho europeo y la constitucionalidad del artículo 29 del texto refundido de la Ley del ITP y AJD
7. Reflexiones finales

Referencias bibliográficas

Cómo citar este estudio:

Adame Martínez, F. (2018). El sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en los préstamos con garantía hipotecaria. *RCyT. CEF*, 429, 5-46.

1. INTRODUCCIÓN

Las recientes Sentencias del Tribunal Supremo de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 (recs. núms. 5350/2017 –NFJ071642–, 4900/2017 –NFJ071852– y 1168/2017 –NFJ071851–, respectivamente) se han pronunciado sobre un tema que ha generado bastante conflictividad desde que se aprobó el texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (texto refundido de la Ley del ITP y AJD) allá por el mes de septiembre de 1993. Se trata de la determinación del sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en aquellos casos en que lo gravado sea una escritura pública de constitución de préstamo con garantía hipotecaria. En efecto, no se trataba de una cuestión pacífica pues dentro del propio Tribunal Supremo tanto su Sala Primera como la Tercera habían venido manteniendo tesis distintas en el tiempo transcurrido desde la aprobación de dicha norma. La supuesta discrepancia entre la Sala Primera y la Tercera, que es donde está el origen de la situación actual, nunca debió prosperar y llevarnos a donde nos ha llevado, porque creo que estamos ante una cuestión estrictamente tributaria y no ante un tema bancario relativo a cláusulas abusivas. Por tanto, por un criterio de especialidad poco tenía que decir la Sala Primera y en todo caso siempre debería prevalecer la doctrina emanada de la Sala Tercera.

Con ocasión de las precitadas sentencias que se pronunciaban sobre recursos de casación interpuestos por la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, se ha producido un auténtico terremoto en España, cuyas consecuencias son todavía difíciles de precisar en el momento de redactar estas líneas. En estos tres fallos la Sala Tercera concluyó que el sujeto pasivo del tributo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria es la entidad financiera en su condición de principal beneficiado por la documentación del crédito hipotecario en escritura pública.

La reacción de los mercados a ese anuncio no se hizo esperar y la cotización de los bancos al día siguiente de la publicación de la primera de estas sentencias, concretamente el viernes 19 de octubre, bajó de forma alarmante. Esta situación pudo sin duda influir en la decisión del presidente de la Sala Tercera el magistrado don Luis Díez-Picazo que, en una decisión sin precedentes adoptada ese mismo día, optó por paralizar la tramitación de varios recursos sobre la misma materia y avocar la cuestión al pleno para que fuera este quien decidiera si se confirmaba o no esta doctrina. Ese pleno se convocó para el 5 de noviembre y durante dos días veintiocho magistrados de la Sala Tercera estuvieron debatiendo intensamente si debía confirmarse esta nueva doctrina o volver a la que había venido manteniendo el tribunal en las últimas dos décadas. Al final el pleno decidió el 6 de noviembre por 15 votos a favor y 13 en contra que el sujeto pasivo sea el cliente y no la entidad bancaria, enmendando así de forma sorprendente la doctrina sentada tres semanas antes por los magistrados de la Sección Segunda, que son teóricamente los especialistas en materia tributaria¹.

¹ La cronología de los acontecimientos sucedidos durante esos dos días de intenso debate (5 y 6 de noviembre, fechas que nunca se borrarán de la memoria de los magistrados de la Sala Tercera) revela el papel clave que tuvo el presi-

Cuando ya parecía que finalmente el debate estaba cerrado con este pronunciamiento del Supremo, el presidente del Gobierno anuncia que el Consejo de Ministros aprobaría al día siguiente, es decir, el 8 de noviembre, un real decreto-ley para modificar el texto refundido de la Ley del ITP y AJD con el fin de establecer de nuevo y en contra de la doctrina del Tribunal Supremo del día anterior que el sujeto pasivo de actos jurídicos documentados es el banco. Y efectivamente así ha sido porque el Gobierno ha aprobado el Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del ITP y AJD para establecer, como había interpretado el Supremo en sus Sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, que el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en su modalidad de documentos notariales cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía es la entidad prestamista. Curiosamente este real decreto-ley se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado de 9 de noviembre de 2018, el mismo día en el que han aparecido publicados los fallos de las Sentencias de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16, 22 y 23 de octubre. En cambio, aún no se han publicado las sentencias votadas por el pleno de su Sala Tercera el 6 de noviembre que decidieron que el sujeto pasivo es el prestatario. De manera que se va a dar la paradoja de publicarse estos fallos del Supremo diciendo que el sujeto pasivo es el prestatario cuando la normativa ya se ha modificado para decir que el sujeto pasivo es la entidad prestamista.

En las páginas que siguen analizaré primero la evolución de la regulación del sujeto pasivo hasta su recentísima modificación por el Real Decreto-Ley 17/2018. Después me ocuparé de los argumentos utilizados por las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo para defender una y otra doctrina. A continuación comentaré esa reciente modificación normativa para después dedicar un epígrafe a realizar unas breves consideraciones sobre la compatibilidad con el Derecho europeo del impuesto sobre actos jurídicos documentados y sobre su constitucionalidad. El trabajo concluye con un apartado en el que se incluyen algunas reflexiones finales a modo de epílogo.

2. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL SUJETO PASIVO

Para entender mejor la situación de confusión actual tal vez convenga comenzar este trabajo haciendo un repaso por cómo se ha regulado la determinación del sujeto pasivo en las sucesivas

dente de la Sala Tercera en la decisión finalmente adoptada. Con el fin de desbloquear la situación en un determinado momento el presidente llevó a votación una propuesta de consenso formulada por la magistrada doña Pilar Teso Gammella que implicaba considerar sujeto pasivo a los bancos pero a partir de la fecha de publicación de la sentencia, es decir, sin retroactividad alguna. Esa opción que al parecer era su favorita solo obtuvo 11 votos y fue rechazada. Tras ese fracaso el presidente decidió que se votara directamente la estimación o no de los recursos y, por tanto, el mantenimiento o no de la nueva doctrina que había elaborado la Sección Segunda de la Sala Tercera. Cuando le llegó su turno, el resultado era de 14 a 13 a favor de volver a la doctrina clásica y ante la posibilidad de empate optó por sumarse a los partidarios de volver a la situación anterior. Como jurista no termino de entender cómo el presidente de la Sala pudo primero defender que el sujeto pasivo del impuesto era el banco, pero sin darle efectos retroactivos al pronunciamiento del tribunal y al momento y como no se aprobó su propuesta cambiar de opinión para votar a favor de considerar sujeto pasivo del tributo al cliente.

regulaciones del impuesto sobre actos jurídicos documentados desde su introducción en nuestro ordenamiento hasta la modificación operada por el Real Decreto-Ley 17/2018. Creo que muchos de los problemas que hemos vivido en los últimos días derivan de la defectuosa regulación del sujeto pasivo de dicho tributo.

El precedente más inmediato de las figuras englobadas en el actual ITP y AJD debemos buscarlo en la Ley 41/1964, de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario, y sobre todo en el Decreto 1018/1967, de 6 de abril, que en desarrollo de dicha ley aprobó el texto refundido de la ley y las tarifas de los impuestos generales sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Ambos tributos vinieron a sustituir al primitivo impuesto de derechos reales, establecido por la Ley de 21 de marzo de 1958, de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes, y desarrollado reglamentariamente por el Decreto 176/1959, de 15 de enero. De esta forma fueron regulados en un mismo texto legal que contenía un buen número de preceptos comunes a ambas figuras porque los funcionarios públicos encargados de su gestión y aplicación eran los mismos.

El precitado Decreto 1018/1967, de 6 de abril, dispuso en su artículo 104 que era el único precepto legal que contenía su capítulo II titulado «Sujeto pasivo y responsable del tributo», concretamente en la letra c) de su apartado 1, que los obligados al pago del impuesto sobre actos jurídicos documentados (regulado en su título tercero) en los documentos notariales eran «los otorgantes, personas que los insten o soliciten o aquellos en cuyo interés se expidan».

La separación entre los impuestos generales sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se hizo efectiva, por lo que interesa a los efectos de este trabajo, con la aprobación de la Ley 32/1980, de 21 de junio, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. La regulación del sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos se contenía en su artículo veinte, que decía lo siguiente: «Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho, y, en su defecto, las personas que los insten o soliciten, o aquellos en cuyo interés se expidan». Obsérvese que si lo comparamos con lo previsto en el Decreto 1018/1967 se hace referencia por primera vez al «adquirente del bien o derecho», lo cual a la postre va a ser una de las causas de la confusión jurisprudencial y se añade que «en su defecto» lo serán «las personas que los insten o soliciten, o aquellos en cuyo interés se expidan».

La disposición final tercera de esta Ley 32/1980 preveía la elaboración y aprobación por el Gobierno, en el plazo máximo de seis meses a partir de su entrada en vigor, de un texto refundido así como del Reglamento del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Dando cumplimiento a este mandato se aprobó dicho texto refundido por el Real Decreto legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre. En él se recogían, junto con las normas de las Leyes 32/1980 y 41/1980, de 5 de julio, de medidas de apoyo a la vivienda, aquellas otras, procedentes del precitado Decreto 1018/1967 que se consideraban en plena vigencia. Su artículo 30, como no podía ser de otra manera, reguló el sujeto pasivo en los mismos términos que lo hizo la ley de la que traía causa. Esta regulación se incluyó en su artículo 30 que decía así: «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».

A su vez este texto refundido sería desarrollado por el Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el primer reglamento específico del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados². Este primer reglamento del impuesto sobre transmisiones reguló el sujeto pasivo en su artículo 41 y lo hizo literalmente en los mismos términos que lo había hecho la ley a la que desarrolla, por lo que no es necesario reproducir el precepto.

Y llegamos a la normativa actualmente vigente del impuesto, que se encuentra contenida en el texto refundido de la Ley del ITP y AJD aprobado por Real Decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre³. La regulación del sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados es idéntica a la que se contenía en el artículo 30 del Real Decreto legislativo y en el 41 de su reglamento, a los que nos acabamos de referir. En efecto, su artículo 29 dispone: «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».

Para desarrollar este texto legal se aprobó el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Este reglamento vino a sustituir al aprobado por Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre. De nuevo vuelve a repetirse aquí la circunstancia antes apuntada, pues el reglamento actualmente vigente al igual que su predecesor se limita en muchos casos a reproducir los artículos del texto refundido y en otros simplemente a matizar lo allí establecido. Sin embargo, en materia de sujetos pasivos introduce una novedad fundamental.

¿En qué términos regula el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados el reglamento vigente? Pues lo hace introduciendo efectivamente una importante novedad respecto a lo establecido en la ley. La regulación se encuentra en su artículo 68 que tiene dos párrafos. El primero reproduce literalmente lo previsto en el artículo 29 de la ley. Y el segundo, que constituía una novedad respecto de lo dispuesto en la ley, decía desde su aprobación el 29 de mayo

² La doctrina ha puesto de relieve un dato importante relacionado con el parco contenido de este Reglamento: de sus 91 artículos, 60 eran reproducción del precitado texto refundido de 1980. Así lo ha puesto de relieve Alcalde Barrero (2010, p. 12), quien añade que esta insuficiencia del texto reglamentario quedaba suplida por el mantenimiento de la vigencia, en lo que no se opusiese al mismo, de los viejos reglamentos de los impuestos de derechos reales y timbre del Estado, situación que a su juicio no dejaba de plantear problemas en la gestión del impuesto.

³ Fue dictado por el Gobierno en desarrollo de la autorización prevista en la disposición adicional novena de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las directivas y reglamentos de las Comunidades Europeas. Inicialmente la autorización estaba prevista para que dicho texto refundido se dictase en 1992, pero la disposición adicional tercera de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, prorrogó dicha autorización para 1993 y la extendió a regularizar, aclarar y armonizar las disposiciones legales relativas al impuesto. Se trata de un texto legal que incorpora los preceptos del anterior texto refundido del impuesto y las posteriores modificaciones introducidas en el mismo por diversas leyes. Dado el tiempo transcurrido desde su aprobación, son muchas las modificaciones que ha sufrido el vigente texto refundido. En concreto ha sido modificado en más de veinte ocasiones por diversas leyes estatales (algunas de ellas son Leyes de Presupuestos que como es sabido tienen ciertas limitaciones en cuanto a su posible contenido) e incluso algunos de sus preceptos han sido anulados por sentencias del Tribunal Constitucional.

de 1995 lo siguiente: «Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

En sus Sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo va a concluir considerando que el contenido de este apartado 2 del artículo 68 del reglamento constituye un evidente exceso reglamentario que lo convierte en ilegal, ilegalidad que se declara conforme a lo previsto en el artículo 27.3 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Conviene advertir que el Tribunal Supremo se había pronunciado ya sobre la legalidad de este segundo apartado del artículo 69, pero en sentido contrario. Fue en su Sentencia de 20 de enero de 2004 (rec. núm. 158/2002 –NFJ016135–) con ocasión de un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 2002 de recurso de alzada *per saltum*, por el que se instaba directamente la declaración de nulidad de pleno derecho del artículo 68 del reglamento al hilo de una Resolución de la Dirección General de Tributos de la Comunidad de Madrid, que había denegado la petición de devolución de ingresos indebidos por un importe de 308.304 pesetas de entonces en concepto de actos jurídicos documentados relativo a la constitución de un préstamo hipotecario. A juicio del recurrente, quien adquiere un derecho como es la hipoteca y aquel en cuyo interés se expide el documento notarial de inscripción registral constitutiva (además es él quien lo insta y solicita) y en consecuencia es sujeto pasivo del tributo el acreedor hipotecario y no el prestatario. En el Acuerdo del Consejo de Ministros se argumentaba que en los préstamos hipotecarios se gravan conjuntamente el contrato de préstamo y el de hipoteca, siendo el sujeto pasivo designado la persona del prestatario, por lo que, cuando se grava por cualquier modalidad del impuesto una escritura que recoge un préstamo hipotecario, el sujeto pasivo es siempre el prestatario, invocando para ello la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2001⁴. El recurso contencioso-administrativo va a ser rechazado por el tribunal argumentando en su fundamento de derecho cuarto que en un préstamo «el adquirente es el prestatario (que es el que adquiere la cantidad prestada y se obliga a su devolución, con pago en su caso de los intereses), y, 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 derecho real, que realiza precisamente el prestatario o un tercero, en su caso, sobre un bien de su propiedad)». En cualquier caso, concluye el tribunal, «sea quien fuere el adquirente en el caso de hipoteca, si se

⁴ En el Acuerdo del Consejo de Ministros se añadía que esta sujeción no iba contra la Sexta Directiva de la CEE ni contra la Directiva 69/335/CEE que regula la tributación de la financiación de las empresas, por dos razones: primero porque actos jurídicos documentados es un tributo documental que grava, no el acto en sí mismo considerado, sino el documento que lo sustenta y acoge, y, segundo, porque «al ser el sujeto pasivo del mismo la persona a la que se concede el préstamo, para que pudiera aplicarse el IVA tendría que tener como actividad la de ser receptor de préstamos hipotecarios, con el absurdo que ello conlleva, cuando es así, también, que, según la jurisprudencia comunitaria, los importes que determinan la cuantía de la base imponible del IAJD no son incardinables en el concepto de volumen de negocios del sujeto pasivo».

aplica la norma según la que en la constitución de hipoteca en garantía de un préstamo la tributación se hace exclusivamente por el concepto de préstamo, el sujeto pasivo sigue siendo el adquirente del bien o derecho, o sea, el adquirente del préstamo, que es el prestatario». En contestación a la alegación del recurrente de que quien adquiere el derecho es el acreedor hipotecario, el Tribunal Supremo afirma que cabe argüir «que la hipoteca se constituye, no se transmite, y que en los préstamos hipotecarios existen numerosos supuestos de actas o documentos notariales que se formalizan precisamente a solicitud del prestatario (como son los casos de cancelación parcial del préstamo, un acta de extinción de hipoteca o un acta de subrogación en el préstamo hipotecario)».

El tribunal invoca para ello otros dos pronunciamientos anteriores de la misma sección y sala, en concreto sus Sentencias de 17 de noviembre de 2001 (rec. núm. 2194/1996 –NFJ071925–) y de 23 de noviembre de 2001 (rec. núm. 2533/1996 –NFJ011957–). En la primera de ellas se concluyó que el sujeto pasivo solo podía ser el prestatario como adquirente del bien o derecho y ello porque 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 este en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía». Entonces defendía el Tribunal Supremo que la concreción que hace el apartado 2 del artículo 29 se explica porque «el requisito de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca». Y en la segunda sostuvo el Supremo, a los efectos que aquí interesan, que «la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario».

Otro argumento que utilizó el recurrente fue el de la inconstitucionalidad de la cuota variable del tributo por ser uno de los residuos históricos del impuesto sobre el timbre, donde no existe la nota que predica el artículo 31.1 de la Constitución española (CE), la de capacidad económica, porque tal impuesto supone solo la contraprestación que el Estado obtiene por dar mayor fuerza a los documentos auténticos. Después volveré en el apartado 6 de este trabajo sobre el asunto de la constitucionalidad del artículo 29 del reglamento, ahora me limito a dejar apuntado que el Tribunal Supremo se despachó este argumento afirmando que «como se declara en el propio acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 2002, ninguna contradicción existe entre el IAJD y el criterio general del artículo 31.1 de la CE, ya que, con abstracción de ser un tributo documental, su base imponible se fija en función de la cuantía del acto que se documenta, y tal cuantía siempre está en relación directa con la capacidad económica del sujeto pasivo».

En definitiva, y recapitulando, nos quedamos con una idea: la Sala Tercera del Tribunal Supremo se había venido pronunciando hasta el 16 de octubre de 2018 a favor de la legalidad y la constitucionalidad del artículo 29 del reglamento del impuesto.

Antes de concluir este apartado me parece oportuno mencionar cómo se regula el sujeto pasivo en este tributo en la normativa vigente en los territorios forales. La respuesta es muy simple: lo está en los mismos términos que en la legislación estatal, pues en los territorios forales o bien la norma foral o bien los respectivos reglamentos del impuesto incluyen una norma idéntica al apartado 2 del artículo 29 del reglamento. No obstante, conviene distinguir por qué la situación

es diferente en unos territorios y otros. En el caso de Vizcaya tanto el apartado 2 del artículo 42 de la Norma Foral 11/2011, de 24 de marzo, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, como el artículo 66 del Decreto Foral 106/2001, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de la Diputación foral vizcaína, disponen que el sujeto pasivo es el prestatario. En el caso de Guipúzcoa sí cabría hablar de exceso reglamentario porque la Norma Foral 18/1987, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de esta Diputación foral no dice nada al respecto, mientras que el reglamento del impuesto aprobado por Decreto Foral 9/2011, de 22 de marzo, en su artículo 24.2 dispone que el sujeto pasivo del impuesto en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria es el prestatario. En el caso de Álava sucede lo contrario, es decir, que el Reglamento del ITP y AJD, aprobado por Decreto Foral 66/2003, de 30 de diciembre, no ha previsto expresamente que el prestatario sea el sujeto pasivo, pero en cambio la Norma Foral 11/2003, de 31 de marzo, que es la norma reguladora del ITP y AJD, sí contempla en el apartado 2 de su artículo 54 esa consideración del prestatario como adquirente a estos efectos y en consecuencia como sujeto pasivo. En Navarra tanto el texto refundido de la Ley foral de las disposición del ITP y AJD, aprobado por Decreto Foral legislativo 129/1999, de 26 de abril, concretamente en su artículo 21, como el reglamento del impuesto, aprobado por Decreto Foral 165/1999, de 17 de mayo, este último en su artículo 53, disponen expresamente que se considerará adquirente al prestatario en estos casos.

Así pues, a diferencia de lo que ocurre a nivel estatal, la consideración del prestatario como sujeto pasivo se incluye en las normas forales de Álava y Vizcaya y en la ley foral de Navarra, reguladoras del impuesto sobre transmisiones patrimoniales. Estas leyes forales, según se afirma en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, «no desarrollan ni complementan, por lo tanto, ley alguna, sino que suplen a las leyes estatales», por lo que «deben tener un régimen procesal de impugnación equivalente al de aquellas». Esta ley orgánica introdujo una nueva disposición adicional quinta en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para regular el llamado blindaje foral vasco. En dicha disposición se atribuye al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos interpuestos contra las normas forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, dictadas en ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución. Esto supone que en la práctica se vienen a equiparar a efectos de impugnación las normas estatales y forales. Hasta esa modificación las normas forales reguladoras de los distintos impuestos eran recurribles ante los tribunales de lo contencioso-administrativo. Para justificar este importantísimo cambio en la exposición de motivos de dicha ley orgánica se afirma que los derechos históricos de los territorios forales, al menos en su núcleo esencial, «no son una cuestión de mera legalidad ordinaria, sino que entrañan, sin duda, una cuestión constitucional, tanto como las que pueda plantear cualquier otro precepto de la Constitución, lo que obliga a arbitrar una vía practicable y accesible para su defensa, que remedie el déficit de protección de la foralidad que resulta de la falta de legitimación de las instituciones forales para acudir al Tribunal Constitucional en los supuestos en que el legislador, estatal o autonómico, invada el espacio que la disposición adicional primera de la Constitución y el artículo 37 del Estatuto vasco les reserva en exclusiva».

Como consecuencia de lo anterior se da la paradoja de que el Tribunal Supremo ha declarado nulo el artículo 29 del Reglamento estatal del ITP y AJD y dicha nulidad no se extiende a los preceptos homólogos de las normas forales de Álava y Vizcaya y de la ley foral de Navarra, porque, como antes indiqué, en Guipúzcoa solo el reglamento atribuye la condición de sujeto pasivo al prestatario. Tras la modificación operada por la precitada Ley Orgánica 1/2010, cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el propio tribunal en su Sentencia de 23 de junio de 2016, ni la Sala Primera ni la Sala Tercera del Tribunal Supremo son competentes para juzgar la validez de los preceptos contenidos en dichas normas que consideran sujeto pasivo al prestatario⁵. Así pues, nos encontramos con que en esos dos territorios no resulta de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, de manera que mientras no se modifiquen las normas forales en dichos territorios el sujeto pasivo seguiría siendo el prestatario.

3. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RECURSOS CONTRA CLÁUSULAS ABUSIVAS

Gran parte de la polémica suscitada en los últimos años sobre la tributación de los préstamos hipotecarios en el impuesto sobre actos jurídicos documentados deriva de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se ha pronunciado sobre este asunto con ocasión de recursos de casación, en los que se discutía sobre la posible nulidad por abusivas de cláusulas en préstamos con garantía hipotecaria, que atribuían el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario consumidor.

El fallo que hizo que volviera a revivir una polémica que ya parecía resuelta tras las sentencias dictadas por su Sala Tercera, a las que después me referiré, fue la Sentencia del pleno de la Sala de lo Civil de 23 de diciembre de 2015 (rec. cas. núm. 2658/2013 –NCJ060752–), de la que fue ponente el magistrado don Pedro José Vela Torres. Esta sentencia rechaza el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación interpuesto contra la Sentencia de fecha 26 de julio de 2013, dictada por la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimando el recurso de apelación planteado por la Organización de Consumidores y Usuarios en relación con diversas cláusulas que figuraban en los contratos de dos conocidas entidades bancarias. No conformes con dicho pronunciamiento, las dos entidades bancarias acudieron al Tribunal Supremo.

Una de las cláusulas cuestionadas por la precitada Organización de Consumidores era la que atribuía a la parte prestataria, entre otros muchos gastos, todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación e inscripción de escrituras, modificación y ejecución de los contratos de préstamos hipotecarios, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía. El Tribunal Supremo declaró nula esta cláusula que

⁵ Véase en este sentido el interesante comentario publicado por Zejalbo Martín (16 de febrero de 2017), notario de Lucena (Córdoba).

endosaba todos los gastos propios de la constitución de hipotecas al prestatario por considerar que vulneraba lo dispuesto en el artículo 89.3 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGCU), que considera abusiva «la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario».

Con su argumentación la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo lo que hizo fue sembrar la duda sobre un tema que en principio parecía que estaba resuelto por su Sala Tercera. La Sala Primera del tribunal, tal vez excediéndose de lo que es su competencia, dijo que era nula la cláusula que atribuía al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la operación, incluyendo tributos en los que el sujeto pasivo es la entidad prestamista. Y lo decimos porque en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015 la Sala Primera, tras criticar que en esta materia la cláusula de atribución de todos los gastos al consumidor no distinguiera, concluyó: «De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el artículo 89.3 c) del TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho». Recordando lo que ya dijo en su Sentencia de 25 de noviembre de 2011 (Sentencia núm. 842/2011 –NFJ045292–) con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, la sala añadió que «la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula».

Recapitulando: se puede afirmar que la Sala Primera concluye, primero, que es abusivo exigir al prestatario sin posibilidad de negociación todos los impuestos vinculados a la concesión de un préstamo hipotecario a través de cláusulas en los contratos bancarios y, segundo, que la entidad prestamista es sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados «en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese».

Esta era la doctrina mantenida por la Sala Primera del Tribunal Supremo, que no olvidemos es competente exclusivamente en materia civil de conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando se admitió el 15 de enero de 2018 el recurso de casación que ha dado lugar a la Sentencia de 16 de octubre de 2018. Pero así las cosas, resulta que dos meses después de admitirse por la sección de admisión de la Sala Tercera los recursos de casación que han dado origen a las sentencias comentadas en este trabajo y a través de dos Sentencias de 15 de marzo de 2018 (Sentencias núms. 147 y 148/2018 –NFJ069784 y NFJ069783, respectivamente–), de las que fue ponente el magistrado don Pedro José Vela Torres, es decir, el mismo que en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, la Sala Primera da un giro evidente en el criterio que venía

manteniendo hasta dicha fecha y pasa a alinearse con la doctrina que de forma reiterada venía manteniendo la Sala Tercera al concluir que el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados por la constitución de hipotecas no es la entidad prestamista sino el deudor o prestatario.

Las dos Sentencias de 15 de marzo de 2018 resuelven también recursos de casación en los que se cuestionan cláusulas de los contratos de entidades bancarias con consumidores y traen causa de dos Sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo de 1 y 17 de febrero de 2017. Como bien ha explicado Rodríguez Achútegui (2018, pp. 115-124) estas dos sentencias tratan de zanjar la polémica sobre si una de las consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula que dispone que todos los gastos de constitución del préstamo hipotecario correspondan al consumidor/prestatario alcanza también, como podía interpretarse que apuntaba la precitada Sentencia de 23 de diciembre de 2015, a lo tributado por actos jurídicos documentados. En el apartado 3 del fundamento de derecho quinto de ambas sentencias la Sala Primera expresa con meridiana claridad que «respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es el prestatario». Y después en el apartado 5 de dicho fundamento de derecho concluye, también sin dejar ninguna sombra de duda, que el artículo 29 del Reglamento del ITP y AJD no es ilegal cuando afirma: «Aunque se ha discutido sobre la legalidad de dicha norma reglamentaria, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a que antes hemos hecho referencia no ha apreciado defecto alguno de legalidad (por todas, sentencia de 20 de enero de 2004)».

Conviene hacer notar que el tribunal hace una distinción entre la cuota variable o gradual, que grava aquellos documentos notariales que tengan por objeto cantidad o cosa valuable y que contengan actos o contratos inscribibles en los registros que la ley contempla y donde será sujeto pasivo, como acabo de indicar, el prestatario, invocando para ello lo dispuesto en el polémico artículo 68 del reglamento y la cuota fija por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo que el Estado facilita al notario para una mayor seguridad y en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del reglamento), en los que habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la cuota fija que recae sobre la matriz, la Sala Primera de nuevo se remite a la doctrina de la Sala Tercera para concluir que corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Y añade: «Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo–, como el prestamista –por la hipoteca–, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016)».

Llama desde luego la atención que la Sala Primera del Tribunal Supremo manifieste que no puede reinterpretar quién sea el sujeto pasivo del tributo en la modalidad gradual, pero sí en la

cuota fija, permitiendo que se pague por mitades en caso de que exista pacto en relación con el abono de los gastos notariales (aun cuando dicho pacto no fuera por mitades)⁶.

Por otra parte, respecto de la cuota fija que recae sobre las copias autorizadas, la Sala Primera afirma que habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, que normalmente será el prestatario, pues así se desprende del precitado artículo 68 del reglamento.

La Sala Primera estima en ambos casos los recursos de casación pero en su fundamento de derecho sexto y tras acotar los efectos de la sentencia diciendo que «el profesional restituya al consumidor las cantidades que hubo que pagar por impuestos cuyo pago la ley impone al profesional», reconoce con buen criterio que para adoptar esta decisión «la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto». La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto –dice el tribunal– «es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores».

La argumentación contenida en los fundamentos jurídicos de estas dos sentencias es prácticamente idéntica salvo en un importante párrafo que solo encontramos en la primera de ellas, es decir, en la número 147/2018, y en el que la Sala Primera se va a mostrar respetuosa con la doctrina de la Sala Tercera. En efecto, en ella se admite, sin ambages, que a quien corresponde primigeniamente la interpretación de las normas tributarias, de conformidad con lo previsto en los artículos 9.4 y 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1, 2 y 12 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, en relación con el artículo 37 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es «a la jurisdicción contencioso-administrativa, y en su cúspide, a la Sala Tercera de este Tribunal Supremo». El párrafo al que nos referimos concluye así: «Como hemos dicho en relación con otros impuestos, por ejemplo el IVA, el conocimiento de las controversias entre particulares acerca del cumplimiento de obligaciones dimanantes de relaciones contractuales corresponde, en principio, al orden jurisdiccional civil, conforme al art. 9.1 LOPJ, pero cuando la controversia versa sobre la existencia o contenido de la obligación tributaria o sobre la determinación del sujeto que resulta obligado en virtud de la misma, su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa (sentencias 707/2006, de 29 de junio [NCJ050361]; 1150/2007, de 7 de noviembre [NCJ041138]; 343/2011, de 25 de mayo [NCJ063615]; y 328/2016, de 18 de mayo [NCJ061351])».

En conclusión, lo importante de estas sentencias es que en ellas la Sala Primera del tribunal llega a dos conclusiones: primera, que la jurisdicción civil es competente para pronunciarse sobre la distribución de gastos en los préstamos hipotecarios y, segunda, que la interpretación de las normas tributarias corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Al hilo de este segundo reconocimiento y reiterando la doctrina de la Sala Tercera con profusa cita de su jurisprudencia, concluían ambos fallos que el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados era el prestatario.

⁶ Así lo advierte también Agüero Ortiz, A. (2018).

4. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA: ESPECIAL ANÁLISIS DE LA DOCTRINA RECOGIDA EN SUS SENTENCIAS DE 16, 22 Y 23 DE OCTUBRE DE 2018

Una vez expuesta la doctrina de la Sala Primera y con carácter previo al análisis de la evolución de la doctrina de la Sala Tercera hasta llegar a las recientes Sentencias de octubre y noviembre de 2018, conviene sintetizar cuáles son las dos posibles interpretaciones que se pueden mantener en relación con la determinación del sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios a fin de verificar si ambas son válidas desde el punto de vista civil.

Una primera posición consiste en considerar que tiene preferencia el derecho real sobre el derecho de obligaciones de manera que la hipoteca ocupa el primer plano y desplaza al préstamo a un segundo plano. De acuerdo con lo anterior, el sujeto pasivo debe ser el prestamista acreedor hipotecario en su condición de adquirente o beneficiario de la hipoteca. La primera copia de la escritura la está instando la entidad financiera y sobre todo y lo que es más importante se expide en su interés en el sentido previsto en el artículo 29 del texto refundido de la Ley del ITP y AJD, pues será esa copia la que le permita privilegiar su crédito e iniciar, llegado el caso, un juicio ejecutivo. Junto a lo anterior, hoy por hoy no se discute que la cuota gradual de este tributo grava el documento notarial en la medida en que es inscribible, y en este caso, lo que se inscribe es la hipoteca y no el préstamo. Esta primera interpretación sería, por otra parte, acorde con la consideración que en el texto refundido de la Ley del ITP y AJD se hace del impuesto sobre actos jurídicos documentados como un gravamen documental al que es ajeno el negocio jurídico subyacente.

La segunda interpretación posible pasa por considerar que tiene preferencia el derecho de obligaciones sobre el derecho real de manera que el préstamo es el negocio jurídico principal y la hipoteca es un negocio jurídico accesorio de garantía de aquel. Por tanto, el beneficiario del préstamo y aquel en cuyo interés se formaliza la escritura es el prestatario, por lo que debe ser este y no la entidad prestamista el sujeto pasivo. Esta interpretación se apoyaría en el párrafo segundo del artículo 69 del reglamento que disponía hasta su reciente anulación lo siguiente: «Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

Ambas interpretaciones son, por tanto, perfectamente válidas desde una perspectiva estrictamente civil. Siguiendo un discurrir lógico, corresponde ahora ver cómo ha ido evolucionando la doctrina de la Sala Tercera sobre este particular hasta llegar a la situación actual. Pero antes de ello me gustaría recordar, como ya he avanzado en la introducción del trabajo, que estamos ante una cuestión estrictamente tributaria. Es evidente que la competencia para conocer de los recursos de casación en materia contencioso-administrativa y por consiguiente para dictar doctrina en materia tributaria le corresponde a la Sala Tercera de conformidad con lo previsto en el artículo 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por tanto si la Sala Tercera, que es la que se ocupa de los recursos en materia tributaria, decidió cambiar de criterio y mantener que el sujeto pasivo es la entidad prestamista no hay por qué avocar la cuestión al pleno de la sala para decidir si se mantiene este nuevo criterio o se vuelve al antiguo porque está en contradicción con el sostenido por la Sala Primera. Las propias sentencias de la Sala Tercera, que estoy comentando,

así lo vienen a reconocer cuando señalan que el hecho de que la Sala Primera haya corregido la doctrina que llevó a su Sección Primera a admitir el recurso no condicionaba en ningún caso el pronunciamiento de fondo que debía efectuarse en esta sentencia. Y ello porque la única que es competente para fijar doctrina en materia tributaria es la Sala Tercera.

Además de lo anterior, no debemos perder de vista que dentro de la Sala Tercera hay una sección que es la Segunda especializada en materia tributaria. Por tanto, no tiene mucho sentido que si la Sección Segunda se pronuncia a favor de considerar que el sujeto pasivo del impuesto es el banco, después venga el pleno de la sala a enmendar la plana a dicha sección cambiando su doctrina para decir que el sujeto pasivo es el prestatario.

Tradicionalmente la Sala Tercera se había venido decantando en una doctrina muy reiterada por la segunda interpretación, es decir, por considerar que el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en las escrituras de préstamos con garantía hipotecaria era el prestatario. En sus primeros pronunciamientos al respecto, la sala se refería a la polémica sobre una cuestión previa como es la sujeción de los préstamos hipotecarios al impuesto sobre actos jurídicos documentados y sobre todo a la necesidad de clarificar algunos aspectos de dicho tributo que «tantas dificultades encierra en su actual configuración». Este planteamiento se recoge, por ejemplo, en sus Sentencias de 19 y 23 de noviembre de 2001 (reces. cas. núms. 2196/1996 –NFJ011956–⁷ y 2533/1996 –NFJ011957–⁸, de las que fueron ponentes respectivamente los magistrados don Pascual Sala Sánchez y don Alfonso Gota Losada), en los que con ocasión de recursos planteados por entidades mercantiles a las que se había concedido un préstamo hipotecario formalizado en escritura pública, el tribunal mantuvo que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, afirmando en concreto lo siguiente:

⁷ Este recurso de casación se dirigía contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional –Sección Segunda– de 23 de enero de 1996, desestimatoria del recurso deducido por la entidad mercantil Manuel Asín, SL contra una Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de abril de 1992 confirmatorio en alzada de la anterior Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Aragón, que había inadmitido la reclamación promovida frente a una liquidación tributaria girada en concepto de impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados con motivo de la concesión de un préstamo hipotecario a dicha mercantil.

⁸ El recurso de casación traía causa de la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 1996, desestimatoria del recurso deducido por la entidad mercantil «Inmobiliaria Torremolinos, SA» contra una Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de marzo de 1993, confirmatoria a su vez en alzada de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía, que tuvo su origen en la reclamación presentada por dicha mercantil contra liquidación practicada por la Delegación de Hacienda de Málaga en concepto de actos jurídicos documentados derivado de un préstamo hipotecario concertado con el entonces Banco Hipotecario de España. La citada mercantil consideraba que «no era el sujeto pasivo del impuesto centrándose su atención en la garantía hipotecaria, como causa determinante de la sujeción a gravamen del documento, lo que le llevaba a defender que el "adquirente" del devengo real de la hipoteca en los términos del entonces artículo 30 del Texto refundido de la Ley del ITP y AJD, aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, no era otro que el acreedor garantizado por el mismo. Asimismo la recurrente sostenía que si nos atenemos a la regla subsidiaria "aquellas en cuyo interés se expidan", estaba claro que el interesado en el otorgamiento de la escritura pública para su inscripción en el Registro de la Propiedad es el prestamista, dado que tal solemnidad como requisito *ad constitutionem* del derecho real de hipoteca».

«Es necesario añadir al respecto que, aunque, en puridad de conceptos, la conclusión de la unidad del hecho imponible, más que del mencionado art. 15.1 del Texto Refundido aquí considerado encontraba su más claro apoyo en el art. 18 del Reglamento de 29 de diciembre de 1981, que, en vez de hablar, como hacía el tan citado art. 15.1, de que "la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis en garantía de un préstamo, (tributarían) exclusivamente por el concepto de préstamo", se refería a que "la constitución de préstamos garantizados con fianza, prenda, hipoteca y anticresis (tributarían) solo por el concepto de préstamo" –matiz que no pasa desapercibido a la Sala y que incluso podría haber dado pie a interpretar que el hecho imponible no era el préstamo hipotecario, sino la hipoteca, aunque su gravamen quedaba subsumido en el gravamen del préstamo, con la consecuencia de que el Reglamento se había excedido de la previsión legal que desarrollaba–, es lo cierto que la interpretación tradicional de esta Sala ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era y es único, y que, por tanto, la conclusión de su sujeción a AJD, hoy por hoy, es coherente, cualesquiera sean las tendencias legislativas que, en un futuro próximo, pudieran consagrar su exención en esta última modalidad impositiva, introduciendo la necesaria claridad en el sistema aplicativo de un impuesto, como el de AJD, que tantas dificultades encierra en su actual configuración, como ha hecho finalmente la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al añadir un nuevo apartado 18 al art. 45.I.B del Texto Refundido del ITP y AJD vigente de 24 de septiembre de 1993, aunque, obviamente, no sea de aplicación al caso aquí cuestionado.

En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD, y en relación, asimismo, con el art. 18 del Reglamento de 1981, hoy art. 25 del vigente de 29 de mayo de 1995, que, por cierto, ya se refiere a la constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca».

También es una constante en la jurisprudencia de la Sala Tercera sobre este tema desde sus primeros pronunciamientos defender que el sujeto pasivo era el prestatario de la consideración del préstamo como negocio jurídico principal y de la hipoteca como negocio jurídico accesorio de garantía de aquel. El beneficiario del préstamo y aquel en cuyo interés se formalizó era de acuerdo con esta doctrina del Supremo el prestatario. Esta tesis se recoge, por ejemplo, en sus Sentencias de 25 de septiembre de 1989 (rec. núm. 6/1988 –NFJ071990–) y de 6 de febrero de 2002 (rec. núm. 103/1997 –NFJ071927–), de las que fue ponente el magistrado don Emilio Pujalte Clariana). Y llevaba razón en términos de pureza jurídica el tribunal porque puede existir préstamo sin hipoteca, pero no hipoteca sin préstamo.

Esta doctrina ha sido completada y reiterada posteriormente por la Sala Tercera entre otras en sus Sentencias de 15 y 24 de junio de 2002 (reces. núms. 2363/1997 –NFJ013482– y 3170/1997

–NFJ012570–, ponentes don Pascual Sala Sánchez y don Alfonso Gota Losada, respectivamente); de 14 de mayo y 27 de octubre de 2004 (recs. cas. núms. 4075/1999 y 7941/1999 –NFJ018943–, ponentes don Alfonso Gota Losada y don Manuel Vicente Garzón Herrero); de 20 de enero, 27 de marzo, 20 de junio y 31 de octubre de 2006 (recs. cas. núms. 693/2001 –NFJ022166–, 1839/2001, 2794/2001 y 4593/2001 –NFJ024428– de las que fueron ponentes respectivamente en el primer caso don Juan Gonzalo Martínez-Micó; en el segundo, don Rafael Fernández Montalvo, y en el tercero y cuarto, don Emilio Frías Ponce).

En ellas se viene a insistir en la misma idea, es decir, que el sujeto pasivo en la modalidad de documentos notariales de actos jurídicos documentados solo puede ser el prestatario y ello «no ya por un argumento similar al de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas –arts. 8.º d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido y con el art. 18 de su Reglamento–, sino porque el "derecho" a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque este se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía». A juicio del tribunal, «cuando el art. 31 del Texto Refundido exigía, entre otros que ahora no interesan, el requisito de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca». Y buena prueba de que es así –concluye el Supremo– «la constituye el que el Reglamento vigente de 29 de mayo de 1995 –que, aun no aplicable al supuesto de autos, tiene un indudable valor interpretativo–, en el párrafo 2.º de su art. 68, haya especificado que "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario"».

Esta doctrina del Tribunal Supremo sale al paso de los pronunciamientos contradictorios que sobre la cuestión objeto de este trabajo habían venido dictando algunos tribunales superiores de justicia en la década de los noventa. Veamos brevemente algunos de estos pronunciamientos. En un supuesto no idéntico, pero sí asimilable al aquí analizado, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia de 3 de julio de 1997 (rec. núm. 497/1993 –NFJ005984–) había concluido, en relación con la determinación del sujeto pasivo de actos jurídicos documentados liquidado como consecuencia del otorgamiento de una escritura pública de cambio de garantía, que únicamente podía considerarse como sujeto pasivo del impuesto al prestatario cuando se documenta el préstamo y su garantía en un solo acto (ya que en ese caso la hipoteca se yuxtapone al negocio jurídico principal que es el préstamo), pero no cuando únicamente se produce un cambio de garantía a favor del prestamista, puesto que el beneficiario es la entidad de crédito que ya estaba suficientemente garantizado.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 16 de enero de 1997 (rec. núm. 2901/1994), en un supuesto de otorgamiento de una hipoteca en garantía de un aval que cubría el importe de la mitad de un crédito prestado para asegurar un préstamo concedido a la empresa que ofrece la hipoteca, había concluido que la escritura de hipoteca no tenía por objeto la concesión de un préstamo, dado que quien adquiriría los derechos derivados de la contragarantía era el banco y, por tanto, al ser el beneficiario, sobre él debía recaer la condición de sujeto pasivo de actos jurídicos documentados.

En tercer término, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en su Sentencia de 29 de enero de 1998 (rec. núm. 288/1995 –NFJ007009–), en relación con un supuesto de constitución de una hipoteca en garantía de un aval prestado para garantizar determinadas deudas tributarias de los sujetos que otorgan la escritura de hipoteca, se pronuncia en el sentido de que no resultaba de aplicación el artículo 15 del entonces texto refundido de la Ley del ITP y AJD, puesto que no nos hallamos ante una escritura de préstamo hipotecario, correspondiendo, por tanto, la tributación a la entidad de crédito, ya que la hipoteca se constituyó en favor del banco para el caso de que ejecutara el aval prestado, siendo pues este el único beneficiario de la operación.

Hay que hacer notar que estos dos últimos pronunciamientos, como acertadamente tuvo ocasión de advertir el Tribunal Supremo, se referían a un supuesto diferente, concretamente a la constitución de hipoteca en garantía de aval, constituido, a su vez, en garantía de préstamo y, por lo tanto, no ante una hipoteca que garantice el préstamo sino ante una contragarantía del aval prestado por el banco o constitución de un derecho real de garantía para asegurar obligaciones que puedan derivarse para la entidad financiera avalista.

Más recientemente el tribunal vino de nuevo a reiterar su doctrina sobre la consideración del prestatario como sujeto pasivo, por ejemplo, en su Sentencia de 22 de noviembre de 2017 (rec. núm. 3142/2016 –NFJ068794–, ponente don Ángel Aguallo Avilés)⁹. En el recurso que dio origen a esta sentencia, la entidad recurrente defendió la ilegalidad del párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento del ITP y AJD, sin embargo el tribunal no lo consideró así. En ese momento formaban parte de la Sección Segunda de la Sala Tercera cuatro de los seis magistrados que casi once meses después en las Sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 han decidido cambiar de criterio y concluir que el sujeto pasivo del impuesto en estos supuestos no es el cliente sino el banco. Estos fallos resuelven los recursos de casación planteados por la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, SA, contra tres Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de junio de 2017, que invocando la repetida doctrina que se acaba de exponer del Tribunal Supremo habían concluido que el sujeto pasivo de actos jurídicos documentados era el prestatario, porque el derecho que refleja el documento notarial –al ser el préstamo con garantía hipotecaria una unidad a efectos tributarios– es el préstamo, aunque esté garantizado con hipoteca y solo esta sea inscribible¹⁰.

⁹ Esta sentencia resolvía un recurso de casación para la unificación de doctrina con el fin de corregir interpretaciones jurídicas contrarias al ordenamiento jurídico planteado por la Empresa Municipal de la Vivienda y el Suelo de Torrejón de Ardoz, SA, contra la Sentencia número 573, de 26 de mayo de 2016, dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso de dicho orden jurisdiccional número 870/2014 contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de marzo de 2014, que había a su vez desestimado la reclamación económico-administrativa instadas contra el acuerdo liquidatorio por ITP y AJD, dictada por la oficina liquidadora de Torrejón Ardoz de la Dirección General de Tributos de la Comunidad de Madrid. La recurrente había solicitado un préstamo con garantía hipotecaria sobre varias fincas de su propiedad y pretendía que fuese la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid quien asumiese el pago del impuesto. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid había concluido apoyándose en la doctrina del Tribunal Supremo antes citada que el sujeto pasivo era el prestatario y el Supremo en esta sentencia confirma dicha doctrina.

¹⁰ Véanse los comentarios de urgencia que realicé a estos fallos el 23 de octubre y publicados en *Taxlandia*, conocido blog fiscal y de opinión tributaria en el que tengo el honor de colaborar (Adame Martínez, 2018).

Estos fallos han sido votados favorablemente por cinco magistrados de la sección, si bien uno de los que votaron a favor, don Nicolás Maurandi Guillén, presidente de la sección, firma un voto particular concurrente para poner de relieve un par de argumentos en los que la sentencia no pone especial énfasis a pesar de que a su juicio eran básicos para enfocar debidamente el problema que debía resolverse.

En primer lugar, llama la atención este magistrado sobre la inclusión de dos tributos muy diferentes dentro de la genérica tributación sobre actos documentados –el gravamen sobre documentos notariales (tributo sobre el *instrumentum* notarial) y el gravamen sobre actos jurídicos documentados notarialmente (tributo sobre el *negotium* notarial)– y, por tanto, «también muy distintos en cuanto a los elementos que habían de ser ponderados en uno y otro para indagar quién era la persona más interesada en la actuación sometida al gravamen y, consiguientemente, la que "más méritos" presentaba para individualizar la capacidad económica gravada por el tributo y ostentar la cualidad de sujeto pasivo». Mientras que en el primero de estos tributos la razón que lo justifica, según este magistrado, es «la ventaja genérica que ofrece la fe pública notarial respecto de los hechos o actos jurídicos sobre los que se proyecta, con independencia de la modalidad de los mismos y de que tengan o no un alcance económico», en el segundo es «la mayor protección substantiva y procesal que ofrece la fe pública notarial respecto de actos y contratos en los que concurren estas dos notas: que tengan por objeto una cantidad o cosa evaluable económicamente; y que sean inscribibles en los registros que enumera el artículo 31.2 del TR/LITP/AJD». Desde esta perspectiva, apunta este magistrado que las razones que justifican el tributo sobre los actos jurídicos documentados concurren en mucha mayor medida en el acreedor hipotecario. A su juicio, lo que aquí se grava «es el inequívoco beneficio que dicho acreedor hipotecario obtiene con la intervención notarial y registral para que la protección de su derecho de crédito resulte reforzada con las ventajas substantivas y procesales que son inherentes al derecho real de hipoteca». Y, frente a ello, prosigue razonando en su voto particular, «la posible ventaja que para el deudor prestatario pueda tener la formalización notarial del préstamo es, sin ningún género de dudas, notablemente inferior (si no nula) a la que obtiene el acreedor hipotecario».

En segundo término, el presidente de la sección se refería en su voto particular concurrente a la necesidad de tener en cuenta los postulados del artículo 31.1 de la Constitución como principal patrón hermenéutico a seguir para resolver la cuestión analizada en esta casación. Conforme a dicho precepto, el principal condicionante constitucional es la exigencia de que «el tributo comporte para el obligado tributario una contribución fiscal derivada de una concreta manifestación, directa o indirecta, de su capacidad económica individual; y que la carga que le sea impuesta guarde una relación de coherencia y proporción con la razón del gravamen». La debida observancia del artículo 31 aconseja según este autor situar la capacidad económica gravada por el tributo sobre los actos jurídicos documentados notarialmente en el acreedor hipotecario pues dicha capacidad resulta nula o es notoriamente inferior en el deudor prestatario. Esta afirmación se fundamenta según este magistrado en que dicho tributo «toma 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». Además de lo anterior, concluye este magistrado que «si hay que buscar una concreta manifestación de capacidad económica individual que guarde relación con

la figura tributaria de la que se viene hablando, esta relación se da antes y en mucha mayor medida con los derechos económicos del acreedor hipotecario que con los del deudor prestatario».

El sexto componente de la sección, el magistrado son Dimitry Berberoff formuló en las tres sentencias un voto particular discrepante por entender que tiene la condición de sujeto pasivo el prestatario y no el prestamista. Comienza este magistrado haciendo una reflexión sobre la importancia de la previsibilidad del derecho y sobre el papel de la jurisprudencia en el reforzamiento de la seguridad jurídica. En su opinión, a la vista de la matización efectuada por la Sala Primera en sus Sentencias de 15 de marzo de 2018 al criterio que anteriormente había venido manteniendo y del reconocimiento expreso de la competencia de la Sala Tercera para la determinación del sujeto pasivo, lo procedente habría sido desestimar el recurso de casación por no concurrir razones o motivos que pudieran justificar el importante giro jurisprudencial que se produce con estas tres sentencias. En su opinión no concurre ninguna modificación normativa puesto que el marco normativo es prácticamente el mismo desde 1993; tampoco hay contradicciones sustanciales en la jurisprudencia de la Sala Tercera porque la misma se ha mantenido uniforme desde su Sentencia de 19 de noviembre de 2001 hasta la más reciente de 22 de noviembre de 2017, que fue la última antes de los tres pronunciamientos de octubre de 2018; en tercer término, los argumentos utilizados para cambiar de doctrina ya podían encontrarse en la argumentación de algunas de las sentencias anteriores. Discrepa este magistrado de la categorización de un determinado acto o negocio como principal y otro como accesorio a efectos tributarios sin indagar la verdadera naturaleza tributaria (tasa o impuesto) que reviste el gravamen sobre la escritura. Tras destacar que no hay dos hechos imposables distintos sino dos modalidades distintas de un único hecho imponible, defiende que no cabe disgregar a efectos tributarios el préstamo de la hipoteca pues se trata de negocios jurídicos conexos, documentados en la misma escritura y que exhiben una unidad jurídica, funcional y económica y en los que, «por su propia configuración como contrato real de garantía, la hipoteca es accesoria del préstamo». En consonancia con ello, no se puede, a su juicio, «otorgar preponderancia al requisito de la inscribibilidad, sobre la base del artículo 31.2 TRLITP y AJD considerándolo como un requisito de sujeción al IAJD –cuando, en realidad, se configura como un requisito solo de la cuota gradual–, desde el momento que el sentido jurídico y usual de la institución conduce a la conclusión de que el negocio principal es el préstamo». Por otra parte, entiende que no se pueden diferenciar dos sujetos pasivos, uno por la cuota fija y otro para la cuota gradual. Invocando la doctrina jurisprudencial que ahora se modifica, por ejemplo, en la Sentencia de 20 de enero de 2004 (rec. núm. 158/2002 –NFJ016135–), recuerda este magistrado que «en un préstamo, el adquirente es el prestatario (que es el que adquiere la cantidad prestada y se obliga a su devolución, con pago en su caso de los intereses) y, 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 derecho real, que realiza precisamente el prestatario o un tercero, en su caso, sobre un bien de su propiedad)».

Como ya ha quedado indicado antes, la conclusión a la que llega una mayoría clara de la Sección Segunda, dando a mi juicio un claro ejemplo de profesionalidad e independencia judicial, es que debe modificarse la jurisprudencia mantenida hasta la fecha por la Sala Tercera y declarar que el sujeto pasivo de actos jurídicos documentados cuando el documento sujeto es una

escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria es el acreedor hipotecario y no el prestatario¹¹. Es evidente que en noviembre de 2017, que fue la última vez que dicha sección se pronunció antes de octubre de 2018, la decisión se adoptó por unanimidad y ahora el nuevo criterio ha salido adelante por una mayoría de 5 a 1.

A continuación analizaremos los tres argumentos en que se fundamentan las sentencias que estamos analizando para llegar a esa conclusión. Esos tres argumentos son los siguientes: 1) La inscribibilidad es la circunstancia que hace que el acto jurídico se someta al impuesto, pues lo inscribible no es el préstamo sino la hipoteca (como negocio principal a efectos tributarios en las escrituras públicas en las que se documentan préstamos con garantía hipotecaria); 2) La configuración legal de la base imponible donde también se considera como aspecto principal e incluso único la hipoteca, añadiéndose que la capacidad económica que aquí se pone de manifiesto no es la del prestatario sino la del acreedor hipotecario; 3) El tenor literal del artículo 29 de la ley del impuesto, que establece 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».

Respecto al requisito de la inscripción, el Supremo comienza distinguiendo entre el préstamo y la hipoteca. Con buen criterio, el Alto Tribunal recuerda que el préstamo no goza de la condición de inscribible según lo dispuesto en los artículos 2 de la Ley hipotecaria y 7 de su reglamento, porque ni es un derecho real ni tampoco tiene la trascendencia real típica a la que alude dicho artículo 7 del Reglamento hipotecario. En cambio, la hipoteca sí es inscribible y es un derecho real de garantía de constitución registral. Así lo confirma el artículo 1.875 del Código Civil cuando dispone que «es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad». A ello se une que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse, a tenor de lo previsto en el artículo 130 de la Ley hipotecaria «como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo».

La calificación como derecho real de garantía de constitución registral le sirve al Supremo para defender que la hipoteca es el «negocio principal a efectos tributarios en las escrituras públicas en las que se documentan préstamos con garantía hipotecaria». Esta afirmación supone un cambio respecto a la doctrina que se venía manteniendo desde hace casi 30 años antes por esta misma sección de la Sala Tercera de considerar al préstamo como negocio jurídico principal y a la hipoteca como un negocio jurídico accesorio de garantía de aquel. Reforzando su argumentación sobre el requisito de la inscribibilidad, el Supremo concluye afirmando lo siguiente: «En otras palabras, si el tributo que nos ocupa solo considera hecho gravable el documento notarial cuando incorpora "actos o contratos inscribibles en los Registros públicos" que se señalan y si esta

¹¹ La decisión de la sala parece que fue inesperada para la Abogacía del Estado, pues el abogado del Estado ante el Tribunal Supremo, R. Huesca Bobadilla (2018, p. 26), al analizar los recursos de casación pendientes en relación con esos dos tributos apuntaba lo siguiente: «Lo lógico, dado que su criterio sobre el particular ha sido siempre muy claro al respecto y más después de la rectificación de la Sala de lo Civil, es que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal ratifique su doctrina dejando claro que el sujeto pasivo es siempre el prestatario».

circunstancia actúa como *condictio iuris* de la sujeción al impuesto, es claro que en los negocios jurídicos complejos resultará esencial aquel de ellos que cumpla con tal exigencia. De no ser así, esto es, si seguimos considerando al préstamo como principal, no tendría demasiado sentido someter al gravamen un negocio jurídico no inscribible solo por la circunstancia de que exista un derecho real accesorio constituido en garantía del cumplimiento de aquel».

La doctrina ya había advertido hace tiempo de los problemas que se podían derivar en relación con la determinación del sujeto pasivo de la referencia que se hace tanto en el artículo 29 del texto refundido de la Ley del ITP y AJD como en el párrafo primero del artículo 68 del reglamento a la persona «en cuyo interés» se expida el documento notarial. Esa persona, escribía López-Gil Otero (2005, p. 346), debía concretarse bajo la perspectiva de ver a quién beneficia o interesa el acceso al registro del documento notarial. Y para esta autora, de seguir esta interpretación tenía que concluirse que sería sujeto pasivo la entidad otorgante del préstamo, primera interesada en que se verificara la inscripción¹².

En esta misma línea crítica con la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 68 del reglamento del impuesto se posicionó Villarín Lagos (2004, p. 493) en 2004. Esta autora, que sin duda ha debido ser leída por los magistrados de la Sección Segunda y por los letrados del gabinete técnico antes de redactar las sentencias que estoy comentando, calificaba entonces a dicha disposición reglamentaria como incongruente, pues los preceptos legales que declaran sujetos a actos jurídicos documentados la formalización en escritura del acto constitutivo de un préstamo hipotecario, así como la interpretación que de los mismos ha hecho la jurisprudencia y la doctrina administrativa, en su opinión prácticamente sin excepción, conducen a concluir que «la hipoteca es lo que ocupa el primer plano en la consideración tributaria desplazando al préstamo; luego el sujeto pasivo debería ser el prestamista acreedor hipotecario, como adquirente, puesto que es quien adquiere o se beneficia de la hipoteca». Esta posición principal de la hipoteca respecto del préstamo a efectos de la consideración tributaria en el impuesto se refuerza además, añade esta autora, porque solo la hipoteca cumple uno de los requisitos imprescindibles del aspecto material de su hecho imponible como es el de «ser inscribible» en alguno de los registros mencionados en el artículo 31.2 del texto refundido de la ley del impuesto.

También se han mostrado a favor de considerar como sujeto pasivo al prestamista los hermanos García Gil (2004, pp. 457-458 y 815) en su Tratado sobre el ITP y AJD. Consideran estos autores que el acto jurídico documentado que se sujeta a gravamen por actos jurídicos documentados es la hipoteca que garantiza el préstamo, dado que el préstamo como tal no es inscribible en el Registro de la Propiedad. Aunque al inscribirse la hipoteca hay que hacer mención al préstamo, el objeto de la inscripción es la hipoteca. En su opinión, la persona en cuyo interés se expide el documento debe concretarse bajo la perspectiva de ver a quién beneficia o interesa la inscripción del documento notarial para lograr que el acto o contrato tenga plena eficacia frente a terceros.

¹² En opinión de la autora, el problema planteado había sido resuelto por el texto reglamentario al añadir un segundo párrafo que llegaba a calificar como «regla bastante clarificadora». Este planteamiento no es desde luego compartido por el Tribunal Supremo que ha anulado ese segundo párrafo por exceso reglamentario.

Sin duda, desde este prisma, el acreedor hipotecario es el beneficiario de la garantía y la persona en cuyo interés se formaliza dicha garantía, y por tanto es él el sujeto pasivo.

El segundo argumento que utiliza el Supremo para defender que el sujeto pasivo es la entidad financiera es la configuración legal de la base imponible en la parte del tributo que grava el contenido material del documento. Recordemos que el artículo 30.1 de la Ley del ITP y AJD regula la base imponible en los siguientes términos: «La base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos». En opinión de la Sección Segunda de la Sala Tercera la regulación que allí se hace de la base imponible contempla como aspecto principal (único) a la hipoteca. Así lo avala además la referencia que se hace a los intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos porque estos conceptos solo van a poder determinarse porque constan en la escritura pública de constitución y porque son los que permitirán, se añade, que el acreedor pueda ejercitar la acción privilegiada que el ordenamiento le ofrece.

En esta línea ya se había pronunciado Villarín Lagos (2004, pp. 492 y ss.) cuando puso de relieve que las interpretaciones que la doctrina administrativa y la jurisprudencia habían hecho sobre cuál era la base imponible en este tributo llevaban también a la misma conclusión, es decir, que la hipoteca ocupa el primer plano desplazando al préstamo¹³. Así se deriva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contenida, por ejemplo, en sus Sentencias de 21 de mayo de 1998 (rec. núm. 2541/1992 –NFJ071924–, ponente don Jaime Rouanet Moscardó) y 30 de octubre de 1999 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 1555/1995 –NFJ008164–, ponente don José Mateo Díaz), que declaran sin paliativos que la base imponible en una escritura de préstamo hipotecario está constituida por el total de las cantidades garantizadas por la hipoteca y no solo por el importe del préstamo.

Al hilo de este argumento, el Supremo se pregunta si aquí se pone de manifiesto la capacidad económica del prestatario o la del acreedor hipotecario. Y defiende que la capacidad económica que se pone de relieve es la del acreedor hipotecario que es el verdadero beneficiario de la escritura notarial y de su inscripción en el registro. El prestatario solo recibe el préstamo y se obliga a su devolución, lo que implica que no pone de manifiesto capacidad económica. Aquí tengo que reconocer que tengo muchas dudas porque no veo claro desde una perspectiva constitucional que ninguno de los dos ponga de manifiesto la capacidad económica necesaria para el establecimiento de un impuesto; más bien habría tal vez que pensar en el establecimiento de una tasa, como después comentaré¹⁴.

¹³ Para reforzar su conclusión contraria a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 68 del reglamento añade esta autora que la misma «adquiere aún mayor sentido si se advierte que el prestatario no siempre es quien garantiza la devolución del préstamo obtenido hipotecando sus bienes, pues cabe la posibilidad de que sea un tercero quien lo haga». En estos supuestos, afirma, «si lo que determina la sujeción al tributo es la hipoteca, no es lógico que el sujeto pasivo resulte ser alguien –el prestatario– que ni siquiera participa en la realización de dicho acto jurídico».

¹⁴ También muestra sus dudas al respecto García Novoa (2018), en su magnífico artículo.

El tercer razonamiento que utiliza el tribunal pasa por interpretar el contenido del artículo 29 del reglamento que considera sujeto pasivo al 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 criterio hermenéutico complementario a utilizar a la vista de la dificultad de determinar quién es el «adquirente» y de que estamos ante un negocio complejo en el que se pueden identificar dos adquirentes lleva al Supremo a considerar esencial la figura del «interesado». Del razonamiento del Supremo se deduce una llamada de atención al legislador que debería haber regulado con más precisión el concepto de adquirente cuando alude a las «dificultades para determinar con precisión quién sea la persona del adquirente». Y a su juicio no cabe duda de que «el beneficiario del documento que nos ocupa no es otro que el acreedor hipotecario, pues él (y solo él) está legitimado para ejercitar las acciones (privilegiadas) que el ordenamiento ofrece a los titulares de los derechos inscritos. Solo a él le interesa la inscripción de la hipoteca (el elemento determinante de la sujeción al impuesto que analizamos), pues esta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad». En esta línea se había pronunciado ya en 2005 Falcón y Tella (2005, pp. 111 y ss.) al poner de manifiesto que la regulación contenida en el artículo 29 del texto refundido de la Ley del ITP y AJD apuntaba, si de lo que se trataba era de gravar la hipoteca, a la entidad financiera que concede el préstamo y no el prestatario, al ser aquella la que adquiriría el derecho real de hipoteca y en cuyo interés se expedía la escritura, sin que el reglamento —concluía— «tenga rango suficiente para modificar este criterio, incurriendo el párrafo segundo del artículo 68 en una manifiesta extralimitación».

Este razonamiento no se ve alterado según el Supremo porque el artículo 29 del reglamento en su segundo párrafo diga que «cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario». El legislador no incorpora en sede de actos jurídicos documentados una previsión equivalente a la contemplada en la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas en el artículo 15 de la ley. El Supremo interpreta que no lo hace porque consideró que lo verdaderamente importante en el negocio complejo en el que nos encontramos a efectos de la aplicación del tributo era la necesidad de inscripción, requisito que concurre exclusivamente en la hipoteca.

Con base en lo anterior, el tribunal concluye que el apartado 2 del artículo 68 del reglamento no tiene ese valor interpretativo o aclaratorio que le venía otorgando la jurisprudencia del Tribunal Supremo sino que «constituye un evidente exceso reglamentario que hace ilegal la previsión contenida en el mismo, ilegalidad que debemos declarar en la presente sentencia conforme dispone el artículo 27.3 de la Ley de esta Jurisdicción».

Otro aspecto importante a destacar es que las Sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 son firmes, han sido dictadas por la sección especializada en materia tributaria de la sala competente, sus fallos han sido publicados en el BOE de 9 de noviembre de 2018, el mismo en el que curiosamente aparece el Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, que modifica el sujeto pasivo del impuesto y que a continuación se analizará —qué casualidad— y no cabe su revisión por no concurrir ninguno de los presupuestos previstos en el artículo 102 de la ley de esta jurisdicción y porque además el artículo 267.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial deja meridianamente claro que los tribunales «no podrán varias las resoluciones que pronuncien después de firmadas». En consonancia con lo anterior, queda claro que el apartado 2 del artículo 68 del Reglamento del ITP y AJD

seguirá estando anulado porque el apartado cuarto del fallo de la Sentencia de 16 de octubre lo ha anulado con efectos *erga omnes* y *ex tunc* por ser contrario a la ley y aquí no cabe vuelta atrás¹⁵.

Los efectos de las Sentencias de 16, 22 y 23 de octubre eran claros. El impuesto sobre actos jurídicos documentados que hasta la fecha habían venido soportando los prestatarios, habría sido pagado en virtud de una norma de nuestro ordenamiento jurídico, el precitado artículo 68 del reglamento y no como consecuencia de un pacto entre prestamista y prestatario. La pregunta a responder en este escenario era la siguiente: ¿Habrían podido los prestatarios que han soportado el tributo reclamar con carácter retroactivo a las entidades bancarias lo pagado antes de la declaración de nulidad de dicho precepto? Entiendo que no porque lo prohibía el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando establece:

«La anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas».

Una vez que ha sido anulado el artículo 68 del reglamento debíamos regirnos, en primer lugar, por lo que el texto refundido de la ley del impuesto nos dice sobre el sujeto pasivo de actos jurídicos documentados, pero sobre todo por la interpretación que del mismo pudiera hacer el Tribunal Supremo. Y resulta que el tribunal ha decidido de nuevo cambiar de criterio, como hemos explicado, y volver a la doctrina tradicional de considerar sujeto pasivo al cliente.

5. LOS ÚLTIMOS ACONTECIMIENTOS: LA NUEVA DOCTRINA DEL PLENO DE LA SALA TERCERA Y LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 17/2018

Como ya se avanzó en la introducción del trabajo, en una decisión sin precedentes hasta la fecha, el presidente de la Sala Tercera decidió avocar al pleno de la misma varios recursos de casación pendientes sobre la determinación del sujeto pasivo en el impuesto sobre actos jurídicos documentados, que habían sido interpuestos también por la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, con el fin de decidir si se confirmaba o no la nueva doctrina sentada por las Sentencias de 16, 22 y 23 de octubre, dictadas –recordemos– por los jueces de su Sección Segunda actuando en todo momento en ejercicio de su independencia judicial como jueces naturales. Esta reacción no me parece muy afortunada ni en el fondo ni en la forma. Respecto al fondo porque la

¹⁵ Como bien aclara García Novoa (2018), no cabía, como se llegó a apuntar, «limitar los efectos de la sentencia, pues la nulidad de un reglamento no es equiparable a la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Tribunal Constitucional».

Sección Segunda es la especializada en materia tributaria y, por tanto, son sus magistrados los que teóricamente pueden pronunciarse con mayor precisión sobre la materia. Y en cuanto a la forma porque en la nota informativa emitida un día después de la publicación de la Sentencia de 16 de octubre para comunicar dicha avocación, el presidente afirmaba que la doctrina allí recogida supone un giro «radical» en el criterio jurisprudencial mantenido hasta la fecha y alude no se sabe muy bien por qué a la «enorme repercusión económica y social». ¿A qué se quiso referir el presidente de la sala con la expresión «enorme repercusión económica y social»? Habrá que preguntárselo a él.

Al margen de lo anterior, lo que me interesa ahora destacar es que esa avocación se debería haber llevado a cabo antes de dictar las tres sentencias que establecían una nueva doctrina y no después. Parece lo lógico, pero desde luego lo cierto es que el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no dice nada sobre el momento en que debe realizarse dicha avocación al limitarse a disponer que «podrán ser llamados, para formar sala, todos los magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el presidente, o la mayoría de aquellos, lo estime necesario para la administración de justicia».

Esta decisión de avocar la cuestión al pleno generó una situación de inseguridad jurídica manifiesta para los ciudadanos y para los operadores jurídicos y supuso una considerable pérdida de «crédito» o de prestigio para el Tribunal Supremo, que se vio acrecentada aún más tras lo sucedido en la reunión del pleno.

En efecto, el pleno de la Sala Tercera se reunió el 5 de noviembre para deliberar y tras prácticamente dos días de intensos debates, narrados prácticamente al minuto por los medios de comunicación con un nivel de expectación sin precedentes en España, falló en la tarde del 6 de noviembre por 15 votos a favor y 13 en contra que el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados es el cliente y no la entidad prestamista, cambiando así de doctrina respecto a lo decidido tres semanas antes por la Sección Segunda de dicha sala¹⁶. En el momento de cerrar este trabajo aún no se ha publicado esta sentencia de la Sala Tercera que irá acompañada de varios votos particulares, por lo que no podemos en este momento analizar los argumentos utilizados para fundamentar ese cambio jurisprudencial.

Se generó tanta confusión como consecuencia de la decisión de avocar la cuestión al pleno que en el periodo comprendido entre la publicación de la Sentencia de 16 de octubre y el 6 de noviembre varios Juzgados de primera instancia de Alicante, Castellón, Málaga o Vigo han dictado sentencias en reclamaciones en vía civil siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la Sentencia de 16 de octubre y condenando a las entidades financieras a devolver el impuesto sobre actos jurídicos documentados indebidamente pagado por los prestatarios, sin esperar a ver qué decidía el pleno de la sala, por considerar que el único interesado en elevar a escritura pública una hipoteca es el banco¹⁷.

¹⁶ Véanse los sugerentes comentarios realizados a esta decisión del Supremo por Serantes Peña (2018), Durán-Sindreu Buxadé (2018a) y Gómez Taboada (2018).

¹⁷ En el caso del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Vigo se trata de una sentencia dictada por la misma jueza que en marzo de 2016 se había desmarcado de la doctrina del Tribunal Supremo decretando la nulidad de una cláusula suelo

Cuando ya parecía que todo este espectáculo había terminado y que ya no tendríamos más sobresaltos, el Gobierno aprobó el Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, para modificar el artículo 29 del texto refundido de la Ley del ITP y AJD con el fin de establecer que el sujeto pasivo del impuesto en la constitución de préstamos con garantía es el banco y no el cliente, dando así la razón a lo que había dicho la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 16, 22 y 23 de octubre. Este real decreto-ley consta de un artículo único, con dos apartados, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

En su preámbulo se justifica su aprobación indicando, en primer lugar, que la sucesión de acontecimientos en el Tribunal Supremo en relación con esta cuestión «ha generado una situación de inseguridad jurídica, que afecta al mercado hipotecario en su conjunto, y que es preciso abordar con carácter inmediato». Y tal vez aquí la argumentación se queda incluso corta porque la situación generada por el cambio de doctrina del Supremo en menos de tres semanas ha causado estupor entre los juristas españoles y ha contribuido a un importante desprestigio del Tribunal Supremo.

Esa situación de incertidumbre e inseguridad jurídica encaja según el Gobierno en el presupuesto exigido por el artículo 86 de la Constitución para el recurso al decreto-ley que es una situación de extraordinaria y urgente necesidad a la que debe ponerse fin de forma inmediata. Después se invocan sucesivamente, primero la necesidad de regular con precisión las reglas de una actividad mercantil tan común como el contrato de préstamo con garantía hipotecaria y segundo la necesidad de atender el mandato constitucional de garantizar a los ciudadanos sus derechos como consumidores. Además de lo anterior, según el preámbulo también concurren las notas de excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad que exigen una acción normativa inmediata en la línea de la doctrina que al respecto ha elaborado el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus Sentencias 68/2007 (NSJ023443) y 137/2011 (NCJ055592).

Particular interés tiene la referencia que se hace en el preámbulo a los límites a la utilización del decreto-ley en materia tributaria desde la perspectiva de su incidencia en el deber de contribuir en la forma que esta cuestión ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional. Según el preámbulo la modificación de la regulación del sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados no estaría vedada al decreto-ley porque la misma afecta a un «aspecto parcial» de la regulación de un tributo en concreto (el impuesto sobre actos jurídicos documentados) y únicamente en una de sus modalidades (documentos notariales, y solo para los préstamos con garantía hipotecaria). Se trataría, pues, de una «modificación de alcance acotado» que tan solo afectaría «a un impuesto indirecto e instantáneo que grava una específica manifestación de capacidad económica, y no a un tributo global sobre la renta o sobre el consumo». Para ello se invoca la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en relación con el impuesto especial sobre el alcohol y bebidas derivadas (Sentencia 108/2004 –NFJ018220–) y sobre el impuesto especial sobre determinados medios de transporte (Sentencia 137/2003 –NFJ014343–) en las que

con retroactividad plena, en un momento en el que todavía no se había pronunciado al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

el tribunal declaró que esos impuestos no constituían «uno de los pilares básicos o estructurales de nuestro sistema tributario», por lo que su modificación parcial por decreto-ley no repercutía «sensiblemente» en el criterio de reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes. Como puede verse, para el tribunal todo lo que no sea tocar el impuesto sobre la renta de las personas físicas, no afecta al deber de contribuir.

Con base en esta justificación, el real decreto-ley modifica dos preceptos del texto refundido de la Ley del ITP y AJD. El primero es el artículo 29 al que se da nueva redacción para establecer que el sujeto pasivo en estos casos sea la entidad prestamista. En concreto, dicho precepto queda redactado así:

«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.

Quando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista».

Muy crítico se ha mostrado con esta modificación normativa García Novoa (2018) al afirmar que con la misma «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 bien explica este autor es como «si el sujeto pasivo no fuera el elemento subjetivo del hecho imponible y fuese posible designar indistintamente a un sujeto u otro como contribuyente».

El segundo precepto que se modifica del precitado texto refundido es su artículo 45 con el fin de que los bancos no tengan que pagar el impuesto sobre actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios que concedan a las siguientes entidades:

- El Estado y las Administraciones públicas territoriales e institucionales y sus establecimientos de beneficencia, cultura, Seguridad Social, docentes o de fines científicos.
- Las entidades sin fines lucrativos a que se refiere artículo 2 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, que se acojan al régimen fiscal especial en la forma prevista en el artículo 14 de dicha ley.
- Las cajas de ahorros y las fundaciones bancarias, por las adquisiciones directamente destinadas a su obra social.
- La Iglesia católica y las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español.
- El Instituto de España y las Reales Academias integradas en el mismo, así como las instituciones de las comunidades autónomas que tengan fines análogos a los de la Real Academia Española.

- Los partidos políticos con representación parlamentaria.
- La Cruz Roja Española y la Organización Nacional de Ciegos Españoles.
- La Obra Pía de los Santos Lugares.

Todas estas entidades se encuentran exentas del impuesto en virtud de lo establecido en su artículo 45.I A). La modificación consiste en añadir un apartado 25 en el artículo 45.I B) de dicho texto refundido con la siguiente redacción:

«25. Las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria en las que el prestatario sea alguna de las personas o entidades incluidas en la letra A) anterior».

Tras la aprobación del real decreto-ley se ha suscitado la cuestión de si la consideración de las entidades financieras como sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados incluye a las cooperativas de crédito y a las cajas rurales. Las cooperativas de crédito están reguladas en el título V de la vetusta Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas. Su artículo 40.2 dispone que les serán de aplicación los beneficios contemplados en el artículo 33 «que les sean aplicables por su naturaleza y actividades, con excepción de los regulados en los apartados 2 y 3 de dicho precepto». Por tanto, a estas entidades se les aplica la exención que dice la Ley del ITP y AJD «por cualquiera de los conceptos que le puedan ser de aplicación» respecto de la «constitución y cancelación de préstamos». Por tanto, mientras no se modifique este precepto, estas entidades se puede interpretar que están exentas de todas las modalidades del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en relación con esas operaciones cuando actúen como prestamistas. En cambio, no veo ningún fundamento para defender la exención cuando el préstamo lo otorga una caja rural.

En el Real Decreto-Ley 17/2018 se ha incluido una disposición derogatoria única que deroga las normas contradictorias y se podría interpretar que con base en la misma ambos tipos de entidades pasan a ser sujetos pasivos del impuesto sobre actos jurídicos documentados en las escrituras de préstamos hipotecarios que concedan. Esa disposición derogatoria única dice así: «Quedan derogadas cuantas disposiciones incluidas en normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en este real decreto-ley». Ahora bien, lo cierto es que el texto de esta disposición derogatoria única es por decirlo de algún modo una cláusula de estilo que se reproduce en la mayoría de reales decretos-leyes que se aprueban. Así he tenido ocasión de comprobar que ocurre, por ejemplo, en la mayoría de los publicados en 2018 y desde luego en todos los que contienen alguna modificación legal. Además, cuando expresamente se quiere derogar una norma que puede ser problemática, se cita expresamente. Así sucede, por citar alguno concreto, con el Real Decreto-Ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa europea en materia de protección de datos. Con base en lo anterior y para que no quede ninguna duda acerca de la sujeción de las cooperativas de crédito al impuesto sobre actos jurídicos documentados tal vez sería conveniente la derogación o modificación legal del artículo 33 de la Ley 20/1990 para expresamente excluirlos de la exención allí prevista.

Hay una tercera modificación de calado en este real decreto-ley que tan solo se anuncia en su preámbulo pero sobre la que curiosamente no se da ningún tipo de detalle y que me limito a citar para no extenderme más en este epígrafe. Se trata de la prohibición a las entidades bancarias de la posibilidad de deducir en su impuesto sobre sociedades el impuesto sobre actos jurídicos documentados que soporten por las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria cuando actúen como prestamistas. Para ello y con efectos no desde la entrada en vigor del decreto-ley que es el 10 de noviembre de 2018, sino a partir del 1 de enero de 2019 se añade una nueva letra m) al artículo 15 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, que es el que regula los gastos que no tendrán la consideración de fiscalmente deducibles, a través de la disposición final primera que dice así:

«Con efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, se añade una nueva letra m) en el artículo 15 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, que queda redactada de la siguiente forma:

"m) La deuda tributaria del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad Actos Jurídicos Documentados, documentos notariales, en los supuestos a que se refiere el párrafo segundo del 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"».

La última cuestión que me gustaría comentar en relación con la reforma operada por el Real Decreto-Ley 17/2018 es que al pasar a considerar como sujeto pasivo a la entidad bancaria, todos aquellos colectivos que venían disfrutando de tipos reducidos de gravamen aprobados por las comunidades autónomas, por ejemplo para préstamos solicitados para adquisición de su vivienda habitual por jóvenes menores de 30 o 35 años dependiendo de la comunidad autónoma, familias numerosas o por personas discapacitadas o cuando se trate de viviendas de protección pública, pueden ver encarecidos sus préstamos hipotecarios pues los bancos van a tener que soportar el tipo general del impuesto en lugar del tipo reducido anteriormente previsto para estos colectivos y todo apunta a que a las entidades financieras les repercutirán ese coste.

6. CONSIDERACIONES SOBRE LA COMPATIBILIDAD DEL IMPUESTO SOBRE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS CON EL DERECHO EUROPEO Y LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 29 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ITP Y AJD

El impuesto sobre actos jurídicos documentados es un tributo ciertamente conflictivo. No solo plantea los problemas que estamos comentando en relación con la determinación del sujeto pasivo sino que incluso se ha cuestionado la propia sujeción al mismo de las escrituras que documentan préstamos garantizados con hipoteca hasta que el Tribunal Supremo así lo confirmó en Sentencias de 2 de octubre de 1989 (–NFJ000610–, ponente don Emilio Pujalte Clariana) y 9 de

octubre de 1992 (rec. núm. 870/1990 –NFJ071946–, ponente don Gustavo Lescure Martín), así como su compatibilidad con el derecho europeo e incluso su constitucionalidad.

La posible incompatibilidad con el derecho europeo fue advertida con bastante fundamento por Falcón y Tella que se mostró muy crítico con esa doctrina del Tribunal Supremo que confirmó la sujeción al impuesto de los préstamos garantizados con hipoteca. Tras destacar que lo lógico sería que este tributo no fuera compatible con el impuesto sobre el valor añadido (IVA) en el supuesto de escrituras y actas que reflejasen operaciones sujetas a este último, concluía este autor que la aplicación de actos jurídicos documentados con el IVA vulneraba la Sexta Directiva ya que suponía, de hecho, aplicar un tipo incrementado respecto a los previstos para el IVA (el tipo ordinario o reducido del IVA más la cuota gradual de actos jurídicos documentados); además y esto es lo más grave, añadía, el incremento que implica el gravamen proporcional no era deducible para el destinatario de la operación con lo que se rompía la neutralidad pretendida con la armonización de la imposición sobre el volumen de ventas de las empresas. Si lo que se grava es el préstamo y no la hipoteca, también veía este autor problemas de compatibilidad con el artículo 11 de la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, según el cual «los Estados miembros no someterán a ninguna imposición, cualquiera que sea su forma [...] b) los empréstitos [...] sea quien fuera el emisor, y todas las formalidades a ellos relativas [...]». Se trata de una norma que prohibía gravar los préstamos solicitados por sociedades, cualquiera que sea su forma, así como cualquier formalidad relativa a los mismos (con la única excepción del arancel que remuneraba los costes de su inscripción)¹⁸.

Las consideraciones formuladas por este autor siguen siendo válidas tras la derogación de la Directiva 69/335/CEE por la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, pues su artículo 11 sigue prohibiendo a los Estados someter a tributación los empréstitos, sea quien fuera el emisor y todas las formalidades a ellos relativas. Además, su preámbulo recuerda que los impuestos indirectos, entre los que se incluyen los llamados *stamp duty*, grupo del que forma parte el impuesto sobre actos jurídicos documentados, «dan lugar a discriminaciones, doble imposición y disparidades que obstaculizan la libre circulación de los capitales»¹⁹.

¹⁸ Recuerda Falcón y Tella (2005, pp. 101 y ss.), que la Ley de Reforma Tributaria de 1964 establecía expresamente la incompatibilidad entre la cuota variable y el impuesto general sobre el tráfico de las empresas, pero esa incompatibilidad fue suprimida por la Ley 32/1980 sin que nadie hubiera logrado dar ninguna explicación razonable sobre el fundamento de la supresión. En su opinión, la teórica protección jurídica «que ofrece la posibilidad de inscribir el documento en un Registro público no es razón suficiente para mantener el gravamen cuando la operación documentada queda sujeta a IVA, ya que cuando se aplica TPO u OS esa teórica protección es la misma y, sin embargo, no se exige la cuota proporcional». Criticando esa doctrina del Tribunal Supremo que había confirmado la sujeción de los préstamos hipotecarios a este tributo, este autor argumentaba que «no tiene sentido alguno que la exención introducida con efectos de 1 de enero de 1996 para todos los préstamos, empresariales o no, haga aparecer un concepto tributario, el de AJD, que no aparece expresamente previsto en norma alguna (o al menos no aparecía hasta la Ley de acompañamiento para 2003 [...] y que nunca se había aplicado a este tipo de operaciones [...]».

¹⁹ *Vid.* la breve pero interesantísima referencia que hace C. García Novoa (2018) a las dudas que este impuesto plantea desde la perspectiva del derecho europeo.

De hecho, el Tribunal de Justicia ha declarado ya incompatible con el derecho europeo algún tributo de este tipo. Es lo que sucedió, por ejemplo, con el *stamp duty reserve tax* del Reino Unido, un impuesto del 1,5% sobre transmisiones de valores en un servicio de compensación (*clearing service*). La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 1 de octubre de 2009 (asunto C-569/07 –NFJ035239–) concluyó que «en la medida en que un impuesto como el SDRT grava los títulos nuevos, creados como consecuencia de un aumento de capital, tal impuesto constituye una imposición en el sentido del artículo 11, letra a), de la Directiva cuya percepción está prohibida por dicha disposición».

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo mediante Resolución de 7 de abril de 2008, al hilo de un litigio entre una empresa del sector inmobiliario que había solicitado la devolución de la cuota gradual del impuesto sobre actos jurídicos documentados y la Generalidad de Cataluña. El Tribunal Superior de Justicia acudió a Luxemburgo porque tenía dudas sobre la compatibilidad de este tributo con el artículo 33 de la Sexta Directiva cuando se aplica a la formalización de una compraventa realizada por empresario cuya actividad consiste en la compraventa de inmuebles o su compra para su posterior transformación o arrendamiento, coincidiendo el hecho imponible, la base imponible y el sujeto pasivo del IVA, que se exige simultáneamente por la misma operación de compraventa.

El Tribunal de Justicia va a desestimar esta cuestión prejudicial mediante Auto de su Sala Tercera de 27 de noviembre de 2008 (asunto C-151/08 –NFJ030836–) para lo que comienza recordando en su apartado 36 que «el artículo 33 de la Sexta Directiva no se opone a la imposición de determinados actos jurídicos y de todas las formalidades a ellos relativas, sino que prohíbe los impuestos, derechos o gravámenes que tengan carácter de impuestos sobre el volumen de negocios». Para ello examina si el impuesto sobre actos jurídicos documentados presenta una o varias de las características esenciales del IVA mencionadas en el apartado 32 de dicha resolución, en cuyo caso sería contrario al artículo 33 de la Sexta Directiva²⁰. En los apartados 38 y 41 de este auto el Tribunal de Justicia concluye a la vista de las observaciones presentadas por los interesados que el impuesto sobre actos jurídicos documentados no cumple la primera de las características del IVA –tratarse de un tributo que se aplica con carácter general a las transacciones que tengan por objeto bienes o servicios– pues no recae con carácter general sobre todas las transacciones que tengan por objeto bienes o servicios sino que solo recae sobre la formalización de escrituras notariales relativas a determinados actos jurídicos especificados por la ley, esencialmente las transmisiones de inmuebles.

²⁰ Recordemos que según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia las características esenciales del IVA son cuatro: 1) Se trata de un tributo que se aplica con carácter general a las transacciones que tengan por objeto bienes o servicios; 2) La determinación de su cuota en proporción al precio percibido por el sujeto pasivo como contraprestación de los bienes que entregue o de los servicios que preste; 3) La percepción de dicho impuesto en cada fase del proceso de producción y de distribución, incluido el de la venta al por menor, con independencia del número de transacciones efectuadas anteriormente, y 4) La deducción del IVA devengado por un sujeto pasivo de los importes abonados en las etapas anteriores del proceso de producción y distribución, de manera que, en una fase determinada, este impuesto se aplica solo al valor añadido en esa fase y la carga final de dicho impuesto recae en definitiva sobre el consumidor.

Por otra parte, el impuesto sobre actos jurídicos documentados no se percibe en el marco de un proceso de producción y de distribución que establezca que, en cada fase de este, pueden deducirse del impuesto las cantidades pagadas en fases anteriores del referido proceso. Como recuerda el tribunal en el apartado 43 de este auto, «se trata de un impuesto percibido únicamente cuando un bien inmueble entra en el patrimonio de un comprador, y que tiene por objeto, no el valor añadido de dicho bien, sino, según el artículo 30, apartado 1, de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el valor declarado, sin perjuicio de una comprobación por parte de la Administración, sin posibilidad de deducir el impuesto pagado por razón de una eventual transacción anterior». De ello se deduce que el impuesto sobre actos jurídicos documentados tampoco presenta las demás características del IVA, por lo que no cabe calificarlo como un impuesto sobre el volumen de negocios en el sentido del artículo 33, apartado 1, de la Sexta Directiva.

Aparte de la compatibilidad con el derecho europeo nos interesa en este apartado dedicar unas líneas a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de los artículos 29 del texto refundido de la Ley del ITP y AJD y 68 de su reglamento, pues ha sido una cuestión sobre la que se ha pronunciado nuestro supremo intérprete de la Constitución en un par de ocasiones. Ha sido a propósito de sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a través de sus Autos de 22 de septiembre de 2003 y 28 de junio de 2004. En ambos casos los argumentos esgrimidos por esta sala del tribunal catalán eran los mismos: vulneración del principio de capacidad económica (art. 31.1 CE), vulneración del derecho a la igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas (arts. 14 y 31.1 CE) y vulneración del derecho a disfrutar de una vivienda digna previsto en el artículo 47 de la CE. Las consideraciones relativas a la posible vulneración del derecho a la vivienda escapan del objeto de este trabajo, por lo que no voy a referirme a ellas. En cambio sí me voy a detener brevemente en las alegaciones relacionadas con los otros dos principios constitucionales.

La primera cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña fue desestimada por el Auto número 24/2005, de 18 de enero, y traía causa de la petición formulada por una entidad mercantil que había abonado una cantidad elevada en concepto de actos jurídicos documentados por dos préstamos con garantía hipotecaria otorgados por una caja de ahorros catalana y que posteriormente presentó una solicitud de rectificación de las auto-liquidaciones por entender que el sujeto pasivo del tributo era la caja de ahorros a cuyo favor se constituyó la hipoteca. A su juicio no había manifestación de capacidad económica en la constitución de un crédito con garantía hipotecaria para el deudor, sino para el acreedor hipotecario al ser el único beneficiario de la inscripción de la hipoteca en su favor, lo que convertía a la modalidad de actos jurídicos documentados en inconstitucional al no respetar el artículo 31.1 de la CE. La sala decidió oír a las partes a fin de decidir el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 29 del reglamento del impuesto.

El Ministerio Fiscal alegó que en la constitución de préstamos con garantía hipotecaria el negocio jurídico principal es el de préstamo (del que la hipoteca es un negocio jurídico accesorio de garantía) y el beneficiario de aquel, en cuyo interés se formalizó, es el prestatario. A su juicio, teniendo

en cuenta la unidad de hecho imponible en torno al préstamo que produce como consecuencia que el único sujeto pasivo sea el prestatario, no existen motivos para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. En similares términos se pronunció la letrada de la Generalidad de Cataluña. En su opinión no se vulneraba ni el principio de igualdad, ya que se trata de la misma manera a todos aquellos que son prestatarios, ni tampoco el de capacidad económica, pues la constitución de un préstamo hipotecario comporta la existencia de capacidad económica en el prestatario porque si no difícilmente le sería otorgado el préstamo, existiendo entonces la capacidad como riqueza potencial.

A la vista de estas consideraciones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del tribunal catalán decidió elevar cuestión de inconstitucionalidad. Respecto a la vulneración del principio de capacidad económica en el auto de planteamiento se apuntaba que «[...] el prestatario no realiza ninguna manifestación de capacidad económica para que pueda ser considerado como sujeto pasivo del tributo, dado que no adquiere ningún bien ni derecho en dicho acto de otorgamiento de una hipoteca en garantía de un préstamo, siendo el acreedor hipotecario el que adquiere un derecho real de hipoteca que le permitirá ejecutar el inmueble en caso de impago del crédito». A juicio de la sala, el legislador no puede establecer tributos si no es tomando como presupuestos del hecho imponible «aquellas circunstancias que sean reveladoras de capacidad económica, y modulando la carga tributaria de cada contribuyente en función de la intensidad con que en el mismo se manifieste aquella». Un tributo que se aplicará sobre una circunstancia (hecho imponible) que no fuera reveladora de capacidad económica sería a juicio de la sala inconstitucional (invocando en defensa de su tesis la STC 221/1992, de 11 de diciembre –NFJ002247–).

Junto a lo anterior, este órgano judicial, en la línea de lo defendido por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, consideraba que «cuando el prestatario constituye una hipoteca a favor de una entidad bancaria en garantía del préstamo que le ha sido concedido por dicha entidad no puede entenderse que ponga de manifiesto una capacidad económica susceptible de ser gravada por el impuesto de "actos jurídicos documentados", pues quien manifiesta tal capacidad económica no es el prestatario, sino la entidad bancaria acreedora». Y prosigue diciendo la sala: «Esa capacidad económica se manifiesta en sede del acreedor hipotecario, pues es este quien adquiere un derecho real de hipoteca, derecho que le permitirá ejecutar el bien inmueble que el prestatario constituye en garantía de la devolución del préstamo que le ha otorgado la entidad bancaria, en caso de impago del capital o de los intereses del mismo. Es igualmente el acreedor hipotecario quien ostenta un especial interés por la documentación del préstamo en escritura pública, por cuanto dicha formalidad es necesaria para la constitución de la hipoteca, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad es indispensable para que esta quede válidamente constituida (art. 1.875 del Código Civil). También resulta claro el interés de la entidad crediticia en el otorgamiento e inscripción de la escritura pública de préstamo hipotecario, a la vista de la posición de privilegio en orden al cobro de la deuda que pasa a ocupar dicha entidad».

De lo que se trata según la sala es de «someter a tributación a aquel que haya salido "ganando" con la operación, que en este caso no puede ser otro que el acreedor que tiene su crédito garantizado con hipoteca. Las SSTC 27/1981, 37/1987, 150/1990, 221/1992 y 214/1994 ponen de manifiesto que una interpretación acorde con la capacidad económica exige gravar a aquel

sujeto que realmente la pone de manifiesto. Únicamente el acto de constitución de la garantía hipotecaria reúne los condicionantes para ser un acto gravable por el impuesto de "actos jurídicos documentados" y quien manifiesta capacidad económica en el acto de constitución de una hipoteca es el acreedor hipotecario que adquiere el derecho real de garantía». Y, por último, añadía la sala «que la ausencia de capacidad económica en los préstamos hipotecarios es una realidad que incluso ha sido reconocida recientemente por el legislador. En efecto, el propio legislador ha reconocido que en la cancelación de una hipoteca –momento en el que el deudor hipotecario muestra aparentemente una mayor capacidad económica en la medida en que desaparece un gravamen sobre su patrimonio– no se manifiesta ningún indicio de capacidad económica susceptible de ser gravado por el tributo de "actos jurídicos documentados"».

Argumenta la Sala de lo Contencioso-Administrativo que quien pone de manifiesto capacidad económica en la constitución de una hipoteca a favor de una entidad bancaria en garantía del préstamo susceptible de ser gravada por el impuesto sobre actos jurídicos documentados es la entidad financiera acreedora –es quien sale ganando con la operación– y no el prestatario. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no lo entendió así, como por otra parte era de esperar sobre todo a la luz de la doctrina que sobre la capacidad económica ha ido elaborando desde su creación y que, por ejemplo, le ha llevado al amparo del sorprendente concepto de «renta potencial» (que yo sepa la renta o es real o no debería gravarse por inexistente) a considerar que no vulnera dicho principio la imputación de rentas inmobiliarias en el impuesto sobre la renta de las personas físicas por la titularidad de inmuebles urbanos a disposición del contribuyente distintos de la vivienda habitual y que no generen rendimientos del capital o de actividades económicas. Reproduzco a continuación la discutible conclusión a que este tribunal llegó en el fundamento jurídico sexto de su Sentencia 295/2006, de 11 de octubre (NFJ024032), al referirse a ese concepto: «cabe razonablemente entender que, en la medida en que tales inmuebles son susceptibles de generar un rendimiento al que "renuncia" su titular –el que podría obtenerse mediante su arrendamiento– estamos ante una "renta potencial" susceptible de ser sometida a imposición por el impuesto sobre la renta de las personas físicas, de la misma manera que –en relación con el impuesto andaluz de tierras infrutilizadas– hemos afirmado que la renuncia a obtener el rendimiento óptimo legalmente señalado para las fincas rústicas "es por sí mismo revelador de la titularidad de una riqueza real o potencial"»²¹.

De acuerdo con esta discutible doctrina tanto el prestatario como el acreedor ponen de relieve alguna capacidad económica. Pero resulta que el impuesto lo que grava es la especial protección que el ordenamiento otorga a la constitución del préstamo hipotecario en documento público. Y el beneficiario directo de la formalización en documento público del préstamo más bien parece que es la entidad financiera, que consigue así privilegiar su crédito a través del acceso mediante el documento público a la inscripción en el Registro de la Propiedad. En cualquier caso, el impuesto en su configuración actual y con los tipos de gravamen que se exigen en algunas comunidades autónomas, recordemos que dichos tipos pueden llegar al 1,5%, resulta excesivo. El Informe La-

²¹ En este tema resulta obligada la consulta de la magnífica obra de Ramos Prieto (2008).

gares publicado en febrero 2004 propuso incluso la supresión de la cuota gradual del impuesto sobre actos jurídicos documentados «cuando lo permita la situación presupuestaria»; a juicio de esta Comisión de expertos el «acto jurídico documentado» no constituye en sí mismo una manifestación de capacidad económica (Lagares Calvo, M. (Dir.), 2014, p. 261).

Con base en lo anterior, creo que si se decide mantener la modalidad de cuota gradual, debería reducirse considerablemente el tipo de gravamen respecto a los actualmente vigentes limitando la posibilidad de las comunidades autónomas de elevarlo más allá del 0,5%. Hay que tener en cuenta que, a la vista de lo que se viene recaudando con este tributo (en 2015 por ejemplo la recaudación ascendió a 1.741,50 millones de euros), su supresión inmediata no parece factible en un contexto de consolidación presupuestaria, como bien se destacaba en el precitado Informe.

Otra alternativa pasaría por analizar la posible conversión de este tributo en una tasa, como tuve ocasión de comentar hace ya tiempo en un trabajo monográfico sobre los aspectos problemáticos del ITP y AJD y en el que se incluían diversas propuestas de reforma²².

Veamos ahora cómo respondió el Tribunal Constitucional a los argumentos esgrimidos por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su cuestión de inconstitucionalidad. El tribunal descarta mediante el precitado Auto número 24/2005, de 18 de enero, la posible vulneración del principio de capacidad económica por parte de los artículos 29 del texto refundido de la Ley del ITP y AJD, puesto en relación con los artículos 8 d) y 15.1 del mismo texto refundido y con el artículo 68 del reglamento del impuesto. Para ello va a razonar del siguiente modo:

«En primer lugar, debe precisarse que la capacidad de 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 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 su ap-

²² Vid. Adame Martínez (2013, pp. 469-539). De todos modos, como allí advertía resultaría muy complicado la introducción de la tasa, propuesta que iba incluida en la página 44 del Programa electoral con el que concurrió el Partido Popular a las elecciones generales celebradas el 20 de noviembre de 2011 y de la que nada más se supo, porque de alguna manera habrá que compensar la pérdida de recaudación que experimentarán las comunidades autónomas como consecuencia de la sustitución del impuesto por la nueva tasa. También se hacía eco de la propuesta de transformación en una tasa cuyo importe quedaría limitado al coste del servicio el propio Informe Lagares –*vid.* Lagares Clavo (2014, pp. 260-261)–, que en relación con la posibilidad de convertir en tasa las modalidades correspondientes a la cuota fija de los documentos notariales, administrativos y mercantiles, aunque en él se advertía de la dificultad para la conversión en tasa que se derivaba del hecho de que la ventaja que recibe el contribuyente «no se plasma en un concreto servicio sino en una especial protección que se recibe del ordenamiento jurídico», por lo que no parece posible «utilizar los criterios de cuantificación propios de las tasas para fijar su cuantía» y por todo ello finalmente se descartaba proponer un cambio en la configuración de la cuota fija de los documentos notariales, administrativos y mercantiles.

titud 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.

En segundo lugar, es necesario subrayar que no puede confundirse el gravamen del negocio jurídico (la contratación del préstamo o la constitución de una garantía real, o ambos a la par), que no constituye el objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, con el gravamen de la escritura pública que protocoliza el negocio jurídico realizado, que es el único objeto de la cuestión, y que se efectúa por la modalidad de "actos jurídicos documentados" del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en la cual, dado que uno de los requisitos exigidos por el art. 31 del Real Decreto Legislativo 1/1993 para aplicar el gravamen gradual del 0,5 por 100 es, aparte de que sea inscribible el acto y de que no esté sujeto a las modalidades de "transmisiones patrimoniales onerosas" o de "operaciones societarias" del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, o al impuesto sobre sucesiones y donaciones, que tenga contenido económico, no cabe duda que ello es un indicio, en la generalidad de los supuestos, de la existencia de una capacidad económica gravable.

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

Este razonamiento del Tribunal Constitucional fue muy criticado, por ejemplo, por Agüero Ortiz (2018, p. 11). Lleva razón esta autora cuando explica que quien obtiene un préstamo más que ver aumentada su capacidad económica lo que adquiere es un pasivo puesto que «debe» ese importe. En su opinión si realizásemos un inventario de los bienes del prestatario de un préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda, ese sujeto dispondría de un activo por el valor de la vivienda que a su vez está gravado por un derecho de garantía y un pasivo por el valor del préstamo y sus intereses, por lo que el resultado neto, concluye, es que no hay aumento de capacidad económica.

Respecto a la vulneración del principio de igualdad la Sala del Tribunal de Cataluña entendía básicamente que se generaría una discriminación de trato entre aquellos sujetos que tienen capacidad económica suficiente para adquirir una vivienda sin necesidad de recurrir al endeudamiento bancario, porque estos no debían satisfacer ningún impuesto por tal concepto, en comparación con aquellos otros (la mayoría de los españoles) que debían recurrir al crédito bancario para poder adquirir su vivienda.

El Tribunal Constitucional también termina rechazando la posible vulneración del principio de igualdad, lo cual era de esperar a la luz de la doctrina que ha elaborado para cerrar el acceso al recurso de amparo por esta vía y conforme a la cual el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución es distinto o no se refiere a lo mismo que el principio de igualdad de su artículo 31, lo cual dicho sea de paso es algo que nunca podré llegar a entender, salvo que sea, como ya he dicho, para quitarse de encima la cantidad de recursos de amparo que en materia tributaria le venían lloviendo invocando el artículo 14. El modo en que razonó el tribunal para rechazar la cuestión de inconstitucionalidad en este punto fue el siguiente:

«Pues bien, es evidente que con nuestra doctrina no puede prosperar esta primera vulneración que se atribuye al precepto cuestionado, habida cuenta de que los supuestos citados por el órgano judicial en defensa de la lesión del principio de igualdad no son comparables, al no ser iguales, ni siquiera parecidos. En efecto, el primero de ellos, a saber, la comparación entre quienes se endeudan para adquirir un bien con quienes no se endeudan, es la comparación entre situaciones disímiles que no pueden dar lugar a un juicio de trato desigual en la ley, porque sería tanto como pretender comparar a quien adquiere un bien y, por tanto, paga tributos, porque realiza el hecho imponible de un determinado tributo, con quien no adquiere y, en consecuencia, no los soporta porque, como correctamente señala el Fiscal General del Estado, no realiza el presupuesto de aplicación de la norma tributaria [...].

En suma, en las dos comparaciones ofrecidas por el órgano judicial no puede apreciarse un trato discriminatorio sino, antes al contrario, una igualdad de trato para los grupos de personas que quedan bajo su aplicación, pues el ordenamiento tributario dispensa el mismo tratamiento a todos aquellos que, dentro del tráfico civil o mercantil, solicitan un préstamo hipotecario con o sin ofrecimiento de garantías. Igualmente, dispensa el mismo tratamiento a todos aquellos que no necesitan endeudarse y, cómo no, a los que en un momento dado solicitan un préstamo o contraen una deuda y en un tiempo posterior constituyen una garantía en pago de ese préstamo o deuda, por lo que no es apreciable la vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE».

Esta misma doctrina es reiterada por el Auto número 223/2005, de 24 de mayo, que también trae causa de otra cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

A modo de recapitulación y para no cansar al lector se puede afirmar que según la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en estos Autos los artículos 29 del texto refundido de la Ley del ITP y AJD y 68 de su reglamento no vulneran ni el principio de capacidad económica ni tampoco el derecho a la igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, dado que la capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial y, por tanto, una capacidad económica susceptible de gravamen. Ya hemos avanzado antes que ambas conclusiones eran perfectamente esperables teniendo en cuenta la doctrina que ha venido elaborando el Tribunal Constitucional sobre ambos principios constitucionales de justicia material de los tributos.

7. REFLEXIONES FINALES

La determinación del sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en la constitución de préstamos con garantía hipotecaria ha sido una cuestión polémica desde que se aprobó el texto refundido de la Ley del impuesto en 1993. Desde entonces se venían sucediendo discusiones doctrinales sobre la misma y también cambios de criterio en la doctrina de los tribunales de justicia.

La doctrina que tradicionalmente venía sosteniendo de forma reiterada la Sala Tercera del Tribunal Supremo a través de su sección especializada en materia tributaria era que el sujeto pasivo en estos casos era el prestatario apoyándose para ello en la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 68 del reglamento del impuesto. Así las cosas, la Sala Primera del Tribunal Supremo en recursos contra cláusulas abusivas en préstamos con garantía hipotecaria vino a introducir dudas en un tema que parecía estar resuelto al declarar nulas por abusivas las cláusulas que atribuían el pago de los gastos e impuestos al prestatario consumidor y afirmar que la entidad prestamista no quedaba al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de esa operación mercantil.

A raíz de esa discrepancia entre la Sala Primera y la Sala Tercera y con ocasión de diversos recursos de casación la Sección Segunda de la Sala Tercera concluyó en las Sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 que el sujeto pasivo no era el prestatario sino la entidad prestamista, dada su condición de principal beneficiado por la documentación del crédito hipotecario en escritura pública. Ello suponía un giro radical respecto a lo mantenido hasta entonces por dicha Sala Tercera.

Al día siguiente de hacerse público el primero de esos fallos, el presidente de la Sala Tercera, aún no se sabe muy bien por qué, decidió avocar al pleno de dicha sala varios recursos de casación que estaban pendientes sobre la misma materia con el fin de decidir si se mantenía o no esta nueva doctrina²³. Después de dos días de intensos debates el pleno de la Sala Tercera decidió por 15 votos a favor y 13 en contra que el sujeto pasivo debía seguir siendo el cliente y no la entidad prestamista como había determinado tres semanas antes la Sección Segunda de dicha sala, salvando así a las comunidades autónomas de tener que devolver millones de euros.

A este complicado panorama se une otra circunstancia que considero relevante. El ejercicio de competencias normativas por parte de las comunidades autónomas en este tributo nos ha llevado a un escenario en el que la carga fiscal que soportan los contribuyentes del impuesto sobre actos jurídicos documentados varía radicalmente en función de la comunidad autónoma en la que se escritura el préstamo hipotecario. Dejando al margen a las Diputaciones forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya y a la Comunidad Foral de Navarra, donde el tipo de gravamen es del 0,5%, en las comunidades autónomas de régimen común el tipo oscila entre el 0,75%, que es el vigente para 2018 en las Comunidades Autónomas de Canarias y Madrid, y el 1,5% que es el aplicable en Andalucía,

²³ Sobre las razones para adoptar esta decisión, A. Durán-Sindreu Buxadé (2018b) apunta que más allá de la «inédita y lícita opción» del presidente de la sala, la decisión adoptada no «se puede desvincular del enorme y desproporcionado poder económico que el sector financiero tiene».

Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia y la Región de Murcia, pasando por el 1% que se aplica en La Rioja y el 1,2% que es el fijado por Asturias y las Islas Baleares. Tal vez sea excesivo exigir un impuesto con un tipo de gravamen del 1,5% por privilegiar un préstamo hipotecario permitiendo su inscripción en el registro. Esta conclusión se confirma si lo comparamos con los tributos sobre constitución de hipotecas que se exigen en otros países de la Unión Europea como Francia, Italia, Luxemburgo y Portugal. Como ya he apuntado unas líneas más arriba tal vez se podría pensar en la conversión de este impuesto en tasa.

También es llamativa, por último, la disparidad existente en materia de tipos reducidos en este tributo en función de diversas circunstancias, así como en lo referente a tipos incrementados para el caso de escrituras notariales que formalicen la renuncia a la exención en el IVA. Estos últimos varían desde el 3% que se gira en Extremadura, o el 2,5% que se exige en Cataluña, Castilla-La Mancha, y Murcia, y el 1,5% que es el tipo aplicable en Asturias, La Rioja y Madrid. En una posición intermedia se encontrarían Andalucía, Aragón, Baleares, Cantabria, Comunidad Valenciana, Galicia donde el tipo vigente es el 2%. A la vista de este panorama, no podrá extrañarnos que algunos autores cuestionen la constitucionalidad de estas diferencias de carga fiscal, que desde luego son todavía más visibles en el ámbito de los impuestos sobre el patrimonio y sobre sucesiones y donaciones. El Tribunal Constitucional viene diciendo que en cuanto que las comunidades autónomas ejercen su autogobierno eso puede generar diferencias entre unos territorios y otros. Pero el problema es que las diferencias son tan grandes que empiezan a afectar a la igualdad efectiva entre ciudadanos.

Referencias bibliográficas

- Adame Martínez, F. D. (2013). Los impuestos sobre transmisiones patrimoniales, operaciones societarias y actos jurídicos documentados: aspectos problemáticos de su régimen actual y propuestas de reforma. En A. Cubero Truyo (Dir.), *Evaluación del sistema tributario vigente: propuestas de mejora en la regulación de los distintos impuestos*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Adame Martínez, F. D. (2018). ¿Para qué existen distintas Salas en el Tribunal Supremo? *Taxlandia*. Recuperado de <<https://www.politica-fiscal.es/francisco-adame/para-que-existen-distintas-salas-en-el-tribunal-supremo>>.
- Agüero Ortiz, A. (2017). Efectos y alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2. (BIB 2017, 10736).
- Agüero Ortiz, A. (2018). Venceréis, pero no convenceréis: Comentario a la STS 148/2018 de 15-3-2018 sobre la abusividad de la repercusión del ITP y AJD al consumidor que contrata un préstamo hipotecario. *Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha*. Recuperado de <<http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3483-vencer%3%A9is,-pero-no-convencer%3%A9is-comentario-a-la-sts-148-2018-de-15-3-2018-sobre-la-abusividad-de-la-repercusi%C3%B3n-del-ity-ajd-al-consumidor-que-contrata-un-pr%C3%A9stamo-hipotecario-2>>.
- Alcalde Barrero, O. (2010). *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Comentarios y Casos prácticos*. Madrid: CEF.

- Casero Barrón, R. (2004). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, sección 2.ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Recurso 158/2002. Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos notariales. Especial mención de quien es sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios. *Quincena Fiscal*, 20.
- Durán-Sindreu Buxadé, A. (2018a). Una vez más, las hipotecas: bochorno fiscal. *Taxlandia*. Recuperado de <<https://www.politica-fiscal.es/antonio-duran-sindreu/una-vez-mas-las-hipotecas-bochorno-fiscal>>.
- Durán-Sindreu Buxadé, A. (2018b). Tribunal Supremo y poder económico. *Taxlandia*. Recuperado de <<https://www.politica-fiscal.es/antonio-duran-sindreu/tribunal-supremo-y-poder-economico>>.
- Falcón y Tella, R. (2005). *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. Madrid: Iustel.
- García Gil, J. L. y García Gil, F. J. (2004). *Tratado del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. (3.ª edición). Dijusa.
- García Novoa, C. (2018). La postverdad del impuesto a las hipotecas y el populismo fiscal. *Taxlandia*. Recuperado de <<https://www.politica-fiscal.es/cesar-garcia-novoa/la-postverdad-del-impuesto-a-las-hipotecas-y-el-populismo-fiscal>>.
- Gómez Taboada, J. (2018). De quilombo a quilombo, y tiro porque me toca. *Fiscal blog*. Recuperado de <<http://fiscalblog.es/?p=4522>>.
- Huesca Bobadilla, R. (2018). El nuevo rumbo emprendido por el Tribunal Supremo en la interpretación de la normativa reguladora de los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. *Boletín Informativo Tributario BIT plus*, 220, 17-29.
- Lagares Calvo, M. (Dir.) (2014). *Informe de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español*. Madrid: Ministerio de Hacienda.
- López-Gil Otero, R. J. (2005). Artículos 29 a 44. En Colomer Ferrandiz, C. y López-Gil Otero, R. J. *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- Martínez-Carrasco Pignatelli, J. M. (2018). ¿Quién ha de pagar el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en un préstamo hipotecario? *Quincena Fiscal*, 10.
- Ramos Prieto, J. (2008). *La imputación de rentas inmobiliarias en la imposición sobre la renta de las personas físicas*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- Rodríguez Achútegui, E. (2018). Las sentencias de 15 de marzo de 2018 del Tribunal Supremo sobre el pago de actos jurídicos documentados derivados de cláusula abusiva de gastos hipotecarios. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 5, 115-124. (BIB 2018\8537).
- Serantes Peña, F. (2018). El Tribunal Supremo se autolesiona. *Taxlandia*. Recuperado de <<https://www.politica-fiscal.es/francisco-r-serantes-pena/el-tribunal-supremo-se-autolesiona>>.
- Villarín Lagos, M., Muñoz del Castillo, J. L. y De Pablo Varona, C. (2004). *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. Thomson Civitas.
- Zejalbo Martín, J. (16 de febrero de 2017). Últimas consideraciones sobre AJD en préstamos hipotecarios. *Notarios y Registradores*. Recuperado de <<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/actos-juridicos-documentados-ajd-en-prestamos-hipotecarios/>>.