

R. CASACION núm.: 5350/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Segunda
Sentencia núm. 1505/2018

Excmos. Sres.

D. Nicolás Maurandi Guillén, presidente

D. José Díaz Delgado

D. Ángel Aguallo Avilés

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Jesús Cudero Blas

D. Dimitry Berberoff Ayuda

En Madrid, a 16 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. **5350/2017** interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Lourdes Amasio Díaz, en nombre y representación de la **EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE RIVAS VACIAMADRID, S.A.**, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de fecha 19 de junio de 2017, dictada en el procedimiento ordinario núm. 501/2016, sobre liquidación del impuesto sobre actos jurídicos documentados de una escritura pública de formalización de préstamo hipotecario respecto de varias viviendas; han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, y LA COMUNIDAD DE MADRID, representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Resolución recurrida en casación y hechos del litigio.

1. Este recurso de casación tiene por objeto la sentencia pronunciada el 19 de junio de 2017 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, desestimatoria del recurso núm. 501/2016.

2. Los hechos sobre los que ha versado el litigio, en lo que hace a las cuestiones que suscita el recurso que nos ocupa, son los siguientes:

a) La Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid presentó autoliquidación exenta de actos jurídicos documentados respecto de la escritura pública de constitución de préstamo con garantía hipotecaria otorgada el 20 de abril de 2009, invocando –como fundamento de la exención- el artículo 45.I.B.12 del texto refundido de la ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

b) Constatada por la Oficina Técnica de la Inspección de los Tributos de la Comunidad de Madrid que la superficie útil de las viviendas para cuya adquisición se formalizó el préstamo era inferior a 90 metros cuadrados, giró liquidación por el concepto actos jurídicos documentados en lo que se refiere a la responsabilidad hipotecaria de las citadas viviendas.

c) Rechazada por el TEAR de Madrid la reclamación económico-administrativa interpuesta por la interesada (en la que se defendía exclusivamente la procedencia de la exención), dedujo la misma recurso contencioso-administrativo ante la Sala de Madrid en el que, además de la procedencia de la exención, solicitó la nulidad de la liquidación por no ser sujeto

pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados el prestatario, a quien giró la liquidación el órgano de inspección.

SEGUNDO. La sentencia de instancia.

1. El recurso jurisdiccional fue desestimado íntegramente a través de la sentencia ahora impugnada, que analiza en el segundo fundamento jurídico la cuestión referida a las viviendas de protección oficial señalando, en primer lugar, que “en la resolución de la Oficina Liquidadora se explica que la escritura de préstamo objeto de tributación viene referida a las viviendas con más de 90 m², y no a las demás (escritura en los folios 52 y siguientes del expediente)” y concluyendo que “la demandante no niega que estas viviendas superan los 90 m², lo que excluye la posibilidad de aplicar la exención del art. 45.I.B.12 del RDL 1/1993, pues tales viviendas no pueden ser calificadas como de protección oficial”.

2. En cuanto a la segunda cuestión (relativa al sujeto pasivo), se razona en el fundamento de derecho tercero lo siguiente:

“Sobre ello decir, en primer lugar, que esta pretensión contradice la propia actuación de la entidad demandante, que al presentar su autoliquidación asumía su condición de sujeto pasivo del impuesto.

En cualquier caso, esta cuestión ha sido resuelta por esta Sala, sección 9ª, con anterioridad, siendo ejemplo de ello la sentencia de 9 de junio de 2016, recurso 867/2014. Razones de igualdad, seguridad jurídica y unidad de doctrina determinan la resolución en los mismos términos y con referencia a lo expuesto en tales sentencias. Esta sentencia se remite a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006, recurso de casación 4593/01, que señala lo siguiente:

"(...) en las recientes sentencias de 20 de enero y 20 de junio de 2006 , recursos de casación 693 y 2794/01 , ... recordando entre otras, a la sentencia de esta Sala Tercera de 19 de noviembre de 2001 (Recurso de casación núm. 2196/1996), dictada en un caso similar de concesión por una entidad de crédito a una empresa mercantil de un préstamo hipotecario, formalizado en escritura pública, "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 28 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. 8º.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".

En el mismo sentido se pronuncian también las sentencias de 23 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2002, 14 de mayo y 20 de octubre de 2004 y 27 de marzo de 2006. Esta última sentencia rechaza un recurso de casación para la unificación de doctrina, porque la doctrina contenida en la sentencia recurrida, que mantenía la tesis impugnada, no debe ser rectificada porque coincide con la jurisprudencia de esta Sala que, de manera reiterada, ha entendido que el artículo 30 (hoy 29) del Texto Refundido del ITP y AJD de 1980 (artículo 68 del Reglamento) señala que, en la modalidad de documentos notariales del IAJD, "será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan" y que ese adquirente del bien o derecho sólo puede ser el prestatario, no ya por un argumento similar al de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas -arts. 8º.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 ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía. En definitiva, 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. Buena prueba de que es así la constituye el que el Reglamento vigente de 29 de Mayo de 1995 --que, aun no aplicable al supuesto de autos, tiene un indudable valor interpretativo--, en el párrafo 2º de su art. 68, haya especificado que "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

Por otra parte, conviene recordar que las dudas de inconstitucionalidad sobre el actual art. 29 del Real Decreto 1/1993 de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto (idéntico al antiguo art. 30), en relación con los artículo 8 d) y 15.1 del mismo Texto Refundido, y con el art. 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto, fueron despejadas por el Tribunal Constitucional, en los Autos de 18 de Enero y 24 de Mayo de 2005, al inadmitir las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, por entender que no se vulneraba el derecho a la igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, ni el principio de capacidad económica previsto en el art. 31.1 de la Constitución , porque la "capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial y, por tanto, de capacidad económica susceptible de gravamen, pues sólo 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".

Por lo expuesto, procede la desestimación del recurso".

3. En resumen, según la sentencia, (i) no cabe la exención pretendida respecto de viviendas cuya superficie útil supere los 90 metros cuadrados y (ii) el sujeto pasivo del impuesto liquidado (actos jurídicos documentados) es el prestatario, pues 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 ésta sea inscribible.

TERCERO. Preparación y admisión del recurso de casación.

1. La representación procesal del demandante en la instancia preparó recurso de casación mediante escrito en el que identificó como normas infringidas el artículo 45.I.B).12 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre).

Menciona, además, como objeto de su escrito, la ilegalidad del artículo 68, apartado 2, del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales

y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, precepto que alegó expresamente en la demanda y al que reputó ilegal.

2. Manifiesta, en relación con la cuestión relativa al sujeto pasivo del tributo, que exigir el impuesto al deudor hipotecario iría en contra de toda la normativa proteccionista de los deudores hipotecarios que existe a nivel de la Unión Europea, a cuyo efecto menciona la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, recaída en el recurso 2658/2013, que consideró 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”, de manera que una cláusula en la que se traslade el tributo a la otra parte contratante –el prestatario– resulta abusiva.

3. La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación por auto de 11 de octubre de 2017 y la Sección Primera de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo lo admitió en otro de 15 de enero de 2018, en el que aprecia que concurren en este recurso de casación las circunstancias de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia previstas en los apartados 2.a) y 2.c) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, precisando que las cuestiones que presentan ese interés son las siguientes:

“a) Determinar si, a efectos de la aplicación de la exención recogida en el artículo 45.I.B).12 LITPAJD, las viviendas construidas pueden tener una superficie protegible que exceda de la máxima permitida en la normativa estatal para las viviendas de protección oficial cuando vayan destinadas a familias numerosas; y

b) Precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 LITPAJD, en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria”.

CUARTO. Interposición del recurso de casación.

1. En el recurso de casación interpuesto –mediante escrito que observa los requisitos legales–, señala la recurrente, en primer lugar, que la sentencia impugnada se limitó a rechazar la exención aplicada en la autoliquidación por la sola razón de que las viviendas afectadas excedían de la superficie máxima prevista legalmente, omitiendo todo pronunciamiento sobre la circunstancia esencial que justificó la pretensión actora: el carácter de familia numerosa de los adquirentes, aspecto digno de protección constitucional que debió llevar a la Sala de instancia a interpretar la normativa que considera aplicable al caso (los Decretos 2131/1963, de 24 de julio, 3964/1964, de 3 de diciembre, 2114/1968, de 24 de julio y 11/2005, de 27 de enero, este último, de la Comunidad de Madrid) de manera favorable a la aplicación de la exención.

2. Y en cuanto a la segunda cuestión, destaca que el acento debe situarse –al analizar lo referente al sujeto pasivo del impuesto– “en el hecho de la primera copia”, no “en el hecho de la adquisición de un bien o derecho”, siendo así –según se afirma– que lo natural es que el obligado al pago sea el que solicite la expedición del documento o la persona que tenga interés en que se expida la primera copia, pues solo ellos se benefician del hecho gravado.

Alega, además, que es improcedente determinar el sujeto pasivo en las escrituras de préstamos con garantía hipotecaria a tenor de los artículos 8 y 15 del texto refundido de la ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, pues tales preceptos se refieren exclusivamente a la primera de esas dos modalidades (transmisiones patrimoniales), sin que exista precepto equivalente en la segunda (actos jurídicos documentados).

Por último, sostiene que en un contrato atípico como el que nos ocupa, adquiere especial relevancia el derecho de hipoteca –a pesar de su accesoriedad– porque el que adquiere tal derecho es el que está facultado para solicitar la primera copia, que es la que se inscribe.

QUINTO. Oposición al recurso de casación de la Comunidad de Madrid.

1. El letrado de la Comunidad Autónoma se ha opuesto al recurso de casación mediante escrito que observa los requisitos legales, y en el que se destaca, en primer lugar, que la decisión adoptada por la Sala de Madrid es correcta en cuanto no resulta aplicable la exención a viviendas protegidas que excedan de la superficie máxima permitida por la VPO estatales por imperativo de las normas jurídicas que cita, cuyo contenido impide acoger una pretensión que solo postula extender el ámbito del beneficio fiscal más allá de sus términos estrictos, lo que prohíbe el artículo 14 de la Ley General Tributaria.

2. Y en cuanto a la cuestión del sujeto pasivo del impuesto, considera que éste debe ser el prestatario toda vez que (i) la propia ley –en el artículo 15- lo contempla expresamente, (ii) la unidad del hecho imponible constituye una garantía para los obligados tributarios, en la medida en que de otra forma podría exigirse el tributo por ambos negocios, (iii) el reglamento del impuesto así lo señala literalmente en un precepto que ha sido interpretado por la doctrina de esta Sala Tercera en el sentido de que “no ha incurrido en ninguna extralimitación legal” y (iv) así ha sido entendido no solo por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sino por la Sala Primera, en cuyas sentencias núms. 147/2018 y 148/2018 se aclara o matiza la sentencia anterior citada por la parte recurrente y por el auto de admisión.

SEXTO. Oposición al recurso de casación del abogado del Estado.

1. El representante procesal de la Administración del Estado, en escrito que también cumple con las exigencias legales, se opuso al recurso al considerar, en primer lugar, que la normativa aplicable impide extender la exención discutida (relativa a las viviendas de protección oficial) a supuestos no previstos en los preceptos reguladores de la exención, de forma que no es posible acogerse a la misma cuando las viviendas concernidas superen la superficie máxima establecida.

2. Y en cuanto a la cuestión del sujeto pasivo, se limita a reiterar la doctrina de esta Sala Tercera en la que se insiste –repetidamente- en que es el prestatario el que ostenta aquella condición, conclusión que corroboran las dos últimas sentencias del Pleno de la Sala Primera de este Tribunal de 15 de marzo de 2018.

SÉPTIMO. Vista pública y deliberación.

En virtud de la facultad que le confiere el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, la Sección consideró necesaria la celebración de vista pública, que tuvo efectivamente lugar en el día señalado -25 de septiembre de 2018- y a cuya terminación se inició la deliberación para la votación y fallo del recurso, que se prolongó durante sucesivas sesiones posteriores y que concluyó, finalmente, en la del día 9 de octubre de 2018 con el resultado que ahora se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del presente recurso de casación y orden en que han de resolverse las cuestiones reflejadas en el auto de admisión.

1. El objeto de esta sentencia consiste en determinar si la pronunciada por la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, impugnada en casación por la representación procesal de la EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE RIVAS VACIAMADRID, S.A., es o no conforme a Derecho, para lo cual resulta forzoso interpretar los preceptos contenidos en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y en su reglamento de desarrollo relativos (i) al sujeto pasivo de la segunda de aquellas modalidades y, más concretamente, en los casos en los que es objeto de gravamen una escritura pública en la que se documenta un préstamo con

garantía hipotecaria, y (ii) la exención relativa a escrituras que documenten actos referidos a viviendas de protección oficial cuando van destinadas a familias numerosas.

Recordemos que la Oficina Técnica de la Inspección de los Tributos de la Comunidad de Madrid practicó liquidación a la empresa mencionada al considerarla sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en relación con una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria de varias viviendas, al entender que aquella condición (sujeto pasivo) derivaba de su posición (prestatario) en el negocio jurídico documentado en la escritura.

Consideró también la Oficina –en contra de la autoliquidación practicada- que no era aplicable la exención relativa a las viviendas de protección oficial –ni siquiera cuando las mismas se destinan a familias numerosas- cuando la superficie máxima de estas supera, como aquí sucedía, los 90 metros cuadrados.

2. Como señalamos en los antecedentes de esta sentencia, el auto de admisión interesa de la Sala que dé respuesta jurídica a esas dos cuestiones (la determinación del sujeto pasivo y la procedencia de la exención); y lo hace en un orden que consideramos necesario alterar.

Y es que la cuestión de quién sea el sujeto pasivo del impuesto (el prestatario o el acreedor hipotecario) es previa al extremo relativo a la procedencia de la exención, pues si la Sala entendiera que la liquidación no debió girarse a la EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE RIVAS VACIAMADRID, S.A., el acto administrativo recurrido sería nulo y haría innecesario abordar cualquier otra cuestión –como la de las exenciones eventualmente aplicables-.

Dicho de otro modo, si el declarado obligado tributario es el único que discute la liquidación, la nulidad de esta por carecer el mismo de la condición de sujeto pasivo excluye ya toda consideración respecto de cualesquiera otros elementos del tributo.

SEGUNDO. La regulación del impuesto sobre actos jurídicos documentados y la cuestión que –en relación con el sujeto pasivo- ha considerado el auto de admisión merecedora de interpretación.

1. El análisis de este primer extremo controvertido -de previo estudio respecto del atinente a la exención, como se ha dicho- exige comenzar reproduciendo en lo esencial los preceptos (legales o reglamentarios) que disciplinan la cuestión litigiosa, concretamente:

a) El artículo 4 del texto refundido de Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, según el cual “a una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho, pero cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas, salvo en los casos en que se determine expresamente otra cosa”.

b) El artículo 8 de dicho texto legal, que –en relación con la modalidad *transmisiones patrimoniales*-, dispone que el obligado al pago del tributo en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, es “el prestatario”.

c) El artículo 15.1 de la misma ley –también en sede de la modalidad *transmisiones patrimoniales*-, que señala que “la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo”.

d) Los artículos 27, 28 y 31 de la norma expresada, que sujetan al impuesto sobre *actos jurídicos documentados*, por lo que ahora interesa, los *documentos notariales*, mediante una *cuota fija* (0,30 euros por pliego o 0,15 euros por folio, a elección del fedatario para las matrices y copias) y otra *variable* (al tipo que fijen las Comunidades Autónomas –o al 0,5 por 100 a falta de previsión de éstas- en los casos de primeras copias de escrituras cuando

contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles).

e) El artículo 29 de la repetida ley a cuyo tenor “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”.

f) El artículo 30 de la misma que, respecto de la base imponible en las escrituras que documenten préstamos con garantía hipotecaria, dispone que la misma 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”.

g) El artículo 68 del reglamento del impuesto que, tras reiterar la previsión legal según la cual “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”, añade que *“cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”*.

2. La sentencia recurrida coincide con el órgano liquidador en quién sea el sujeto pasivo del impuesto en estos casos, remitiéndose al respecto a un pronunciamiento anterior de la propia Sala y Sección (la sentencia de 9 de junio de 2016, dictada en el recurso núm. 867/2014) que se remite, a su vez, a la jurisprudencia de esta Sala Tercera contenida, entre otras, en las sentencias de 31 de octubre de 2006 (recurso de casación núm. 4593/2001), 20 de enero y 20 de junio de 2006 (recursos de casación núms. 693/2001 y 2794/2001, respectivamente) y 19 de noviembre de 2001 (recurso de casación núm. 2196/1996).

Se fundamenta la doctrina jurisprudencial reflejada en estas sentencias en tres proposiciones:

a) La primera, que el hecho imponible, préstamo hipotecario, *“es único”, lo que produce la consecuencia de que “el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD”.*

b) La segunda, que la afirmación legal de que el sujeto pasivo es el *“adquirente del bien o derecho”* debe interpretarse en el sentido de que *“el derecho a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque éste se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía”.*

c) La tercera, que cuando la norma exige 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”,* lo que se ve reforzado por el reglamento del impuesto, *“de indudable valor interpretativo”,* cuyo artículo 68.2 dispone que *“cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”.*

3. El auto de admisión señala que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la cuestión consistente en *“precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 LITPAJD, en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria”.*

Se dice, además, en el expresado auto lo siguiente:

“Sobre esta cuestión existe doctrina de esta Sala, que entiende que el sujeto pasivo en estos casos es el prestatario, porque el derecho a que se refiere el artículo 29 LITPAJD es el préstamo mismo, aunque se encuentre garantizado con hipoteca. Sin embargo, el reciente criterio contrario sentado por la Sala Primera ha abierto un debate doctrinal que requiere una nueva respuesta por parte de este Tribunal Supremo, máxime cuando, como pone de manifiesto la entidad recurrente en su escrito de preparación, es una materia que afecta a un gran número de situaciones y tiene una importante trascendencia social, más allá del caso objeto del proceso.

En efecto, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la sentencia de 23 de diciembre de 2015, ya mencionada, en relación con una cláusula que imputaba el pago del impuesto devengado en un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario, argumenta que es aplicable a la misma lo dispuesto en el artículo 89.3, letra c), del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE de 30 de noviembre), calificándola de abusiva, al considerar que, al menos en lo que respecta a la modalidad actos jurídicos documentados del ITPAJD, es sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho la entidad prestamista, en cuanto adquirente del derecho real de hipoteca, que es lo que verdaderamente se inscribe, y, en todo caso, porque las copias autorizadas se expiden a su instancia y es la principal interesada en la inscripción de la garantía hipotecaria”.

4. Resulta forzoso precisar ahora que la doctrina de la Sala Primera de este Tribunal que se cita en el auto de admisión ha sido corregida en dos sentencias del Pleno de dicha Sala de 15 de marzo de 2018 (recursos de casación núms. 1211/2017 y 1518/2017) en las que se afirma literalmente, en el particular que ahora nos interesa, lo siguiente:

“() Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario (art. 7.1.B LITPAJD), ya hemos visto que el art. 8 LITPAJD, a efectos de la determinación del sujeto pasivo, contiene dos reglas que, en apariencia, pueden resultar contradictorias. Así el apartado c) dispone que «en la constitución de derechos reales» es sujeto pasivo del impuesto aquél a cuyo favor se realice el acto; y el apartado d) prevé que, «en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza», lo será el prestatario. De manera que si atendemos exclusivamente a la garantía (la hipoteca), el sujeto pasivo sería la entidad acreedora hipotecaria, puesto que la garantía se constituye a su favor; mientras que, si atendemos exclusivamente al préstamo, el sujeto pasivo sería el prestatario (el cliente consumidor). Sin embargo, dicha aparente antinomia queda aclarada por el art. 15.1 de la misma Ley, que dispone: «La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo».

La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario (). En tales resoluciones se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia

de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD.

En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario ().

En cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados por la documentación del acto -préstamo con garantía hipotecaria- en escritura pública (arts. 27.3 y 28 LITPAJD y 66.3 y 67 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados -en adelante, el Reglamento-), tiene dos modalidades: a) Un derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento); b) Un derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento).

El art. 29 LITPAJD, al referirse al pago del impuesto por los documentos notariales, dice: «Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan».

Pero el art. el art. 68 del Reglamento del Impuesto contiene un añadido, puesto que tras reproducir en un primer párrafo el mismo texto del art. 29 de la Ley, establece en un segundo apartado: «Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario». Aunque se ha discutido sobre la legalidad de dicha norma reglamentaria, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a que antes hemos hecho referencia no ha apreciado defecto alguno de legalidad (por todas, sentencia de 20 de enero de 2004). Y como hemos visto, el Tribunal Constitucional también ha afirmado su constitucionalidad.

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

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

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

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

5. El hecho de que la Sala Primera de este Tribunal haya corregido la doctrina que llevó a la Sección Primera de esta Sala a admitir el recurso que nos ocupa no tiene alcance alguno en punto al pronunciamiento de fondo que debemos efectuar en esta sentencia.

Resulta exigible, así, que resolvamos el litigio en los términos que el auto de admisión señaló, esto es, interpretando los preceptos legales y reglamentarios citados más arriba, a cuyo efecto tendremos forzosamente que determinar si la doctrina reiterada de esta Sala (según la cual, el sujeto pasivo del IAJD en las escrituras públicas de préstamo con garantía hipotecaria es el prestatario) debe ratificarse o, por el contrario, necesita ser matizada, corregida o cambiada.

Dicho en otros términos, la circunstancia de que el hecho determinante de la admisión del recurso (la existencia de un criterio de la Sala Primera de este Tribunal aparentemente contrario a la doctrina de la Sala Tercera sobre el particular) no concurra en los términos apreciados por el auto de admisión (al modificarse esa doctrina) no hace que el presente recurso de casación haya dejado de tener objeto por una suerte de pérdida sobrevenida de interés

casacional (desde luego, no alegada por ninguna de las partes), sino que se mantiene en su totalidad la necesidad de resolver el litigio, interpretando las normas correspondientes y analizando, insistimos, la jurisprudencia existente (para mantenerla, precisarla o cambiarla, como el auto de admisión nos dice).

TERCERO. La configuración legal del impuesto sobre actos jurídicos documentados, modalidad documentos notariales.

1. Una primera lectura de la normativa expresada más arriba permite colegir, sin especiales esfuerzos hermenéuticos, que la sujeción al gravamen de los *documentos notariales* tiene en cuenta los dos aspectos esenciales que el documento contiene: el formal (constituido por la escritura misma) y el material (representado por el acto o negocio jurídico que se documenta).

En relación con el primero –tal y como se sigue del artículo 31.1 de la Ley-, el gravamen se determina de manera *fija* y en atención exclusivamente al número de pliegos o folios que el documento contenga.

Para el segundo, por el contrario, la ley –los artículos 30.1 y 31.2- atiende al contenido del documento, esto es, al negocio que refleja el instrumento público, al punto de que la sujeción al gravamen de tal negocio exige, por lo que ahora interesa, que éste (i) tenga por objeto cantidad o cosa evaluable y (ii) contenga actos o contratos inscribibles en los Registros públicos que se señalan.

Además, no se prevé en este segundo supuesto una cuota *fija* –como en el caso anterior- sino un porcentaje que se proyecta sobre el valor declarado en la escritura y, concretamente y por lo que hace al caso (préstamos con garantía), sobre el importe de la obligación o capital garantizado (comprendiendo también, como veremos, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos).

2. El sometimiento a gravamen del acto documentado en la escritura (el negocio o contrato) plantea la cuestión de la relación del impuesto que nos ocupa con el de transmisiones patrimoniales, pues en este el hecho imponible (las transmisiones onerosas *inter vivos* y la constitución de derechos reales) puede claramente coincidir con el contenido material en el impuesto sobre actos jurídicos documentados, razón por la cual el artículo 31.2 del texto refundido precisa que solo se sujetarán al impuesto los actos y contratos (del instrumento público) *no sujetos al impuesto sobre transmisiones patrimoniales*.

3. Los sujetos pasivos del impuesto sobre actos jurídicos documentados se definen en el artículo 29 del texto refundido en los siguientes términos literales: “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”.

La redacción que se acaba de exponer ha merecido, en general, una crítica doctrinal desfavorable, fundamentalmente porque la referencia al “adquirente” no se corresponde en absoluto con el hecho gravado en el primero de los aspectos que hemos analizado (el gravamen al documento mismo, abstracción hecha del acto jurídico que se documenta en él).

Y respecto de la segunda, es posible que la mención al adquirente sea aceptable, pero solo –y sobre ello volveremos– respecto de negocios jurídicos traslativos (del dominio u otros derechos reales) *únicos*, pues en los documentos que incluyan varios actos más o menos conexos (como el préstamo con garantía hipotecaria que ahora nos ocupa) la procedencia de aquella precisión añade una enorme complejidad a la cuestión.

CUARTO. El sujeto pasivo del impuesto en las escrituras de préstamos con garantía hipotecaria en la normativa vigente y en la jurisprudencia.

1. Como se sigue de las normas citadas en el primer fundamento, el préstamo con garantía hipotecaria que se documenta en la escritura notarial es una unidad a efectos tributarios. Así se desprende con claridad del artículo 31 de la ley, pues el mismo –al determinar cuál sea la base imponible en determinados casos- la fija en relación con “*las escrituras que documenten préstamos con garantía*”.

Así lo ha afirmado de modo reiterado nuestra jurisprudencia, que se ha referido en todos sus pronunciamientos a “la unidad del hecho imponible”, circunstancia que –como se verá inmediatamente- resultará esencial para determinar quién sea el sujeto pasivo del impuesto.

2. El acto jurídico que nos ocupa es, sin embargo, claramente complejo, pues en aquella *unidad tributaria* se incluye un contrato traslativo del dominio (el préstamo mutuo, en el que el prestatario adquiere la propiedad de la cosa prestada y ha de devolver otra de la misma especie y calidad) y un negocio jurídico accesorio, de garantía y de constitución registral (la hipoteca).

Cabe entonces afirmar, *prima facie*, que podríamos identificar dos *adquirentes*: el prestatario en cuanto al negocio traslativo de la suma que se le entrega y el acreedor hipotecario respecto de la hipoteca (pues en este segundo negocio solo el acreedor adquiere –propiamente- derechos ejercitables frente al deudor).

3. La primera hipótesis (el adquirente y sujeto pasivo es el prestatario) cuenta con tres sólidos argumentos a su favor, que se desprenden de la reiterada jurisprudencia que citamos en el primer fundamento de derecho:

a) La hipoteca –en cuanto derecho real de garantía que es- es accesorio del negocio principal, el préstamo en nuestro caso, de manera que en la interpretación de los preceptos debe prevalecer, en todos los sentidos, la parte *principal* del negocio complejo y desplazar a la parte *accesoria*.

b) El propio texto refundido de la ley del impuesto –bien es cierto que en sede de la modalidad *transmisiones patrimoniales*- se refiere expresamente a este tipo de negocios complejos, afirmando que “la constitución de los derechos de hipoteca () en garantía de préstamo tributará exclusivamente en concepto de préstamo”.

c) El reglamento del impuesto, en relación con la modalidad actos jurídicos documentados, señala literalmente (artículo 68.2) que, a efectos de determinar el sujeto pasivo del tributo, “en las escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”, expresión (que no aparece en la ley) cuya inclusión en la norma reglamentaria ha sido calificada por nuestra jurisprudencia como “*de indudable valor interpretativo*”, sin objeción alguna desde el punto de vista de su conformidad a la ley.

QUINTO. La necesidad de modificar la jurisprudencia sobre el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria.

1. Aun reconociendo la solidez de buena parte de los argumentos en los que descansa la jurisprudencia actual, debemos corregirla porque, frente a la conclusión extraída por esa jurisprudencia, entendemos que el obligado al pago del tributo en estos casos es el acreedor hipotecario, sujeto en cuyo interés se documenta en instrumento público el préstamo que ha concedido y la hipoteca que se ha constituido en garantía de su devolución.

Los razonamientos que siguen descansan, esencialmente, en tres consideraciones, referidas (i) al requisito de la inscribibilidad, (ii) a la configuración legal de la base imponible y (iii) al tenor literal del artículo 29 de la ley del impuesto.

2. Pero antes debemos salir al paso de la alegación –defendida por los recurridos y presente en la sentencia impugnada- según la cual la ley (artículos 8 y 15) establece expresamente que el sujeto pasivo es el prestatario.

No se sigue tal afirmación, desde luego, del artículo 8 del texto refundido pues, ciertamente, señala en su apartado d) que en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza es obligado al pago “el prestatario”; pero afirma también expresamente, en el apartado anterior, que tal obligado será, “en la constitución de derechos reales”, aquel “a cuyo favor se realice este acto”, condición que sin duda ostenta el acreedor hipotecario, como la ostenta también el “acreedor afianzado” en la constitución de fianza a la que se refiere el apartado e) del mismo artículo 8.

Pero tampoco se desprende aquella conclusión del artículo 15 del texto refundido, según el cual “la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo”. Y ello por dos razones:

La primera, porque el precepto está incluido en el Título I de la ley, referido exclusivamente a la modalidad transmisiones patrimoniales, y no en el Título Preliminar, que contiene disposiciones aplicables a las tres modalidades que la ley contempla.

La segunda, porque no alcanza la Sala a entender la razón por la que – de ser esa la voluntad del legislador- no hay precepto equivalente en la ley respecto de la modalidad de actos jurídicos documentados, pues el artículo 29 pudo aclarar –como hizo respecto de transmisiones patrimoniales- quién es el sujeto pasivo en un negocio complejo que la ley ha contemplado expresamente en un artículo aclaratorio (el artículo 15) referido exclusivamente a una modalidad tributaria distinta.

3. La primera razón que nos lleva a modificar nuestra jurisprudencia se refiere al requisito de la inscripción.

Hemos dicho más arriba que el impuesto sobre actos jurídicos documentados solo es exigible cuando el acto incluido en la escritura notarial es

inscribible en alguno de los Registros Públicos a los que se refiere el artículo 31.2 del texto refundido.

Es más: esta circunstancia (la *inscribibilidad*) es la que determina que una operación como la que nos ocupa no se someta a transmisiones patrimoniales, pues un negocio complejo idéntico al que analizamos se sujetaría, si no fuera inscribible, a este último tributo (artículo 15 del texto refundido, referido expresamente –como se ha visto- a la constitución del derecho de hipoteca en garantía de un préstamo).

Con independencia de la interesante disquisición de la doctrina civil sobre qué es lo realmente inscribible (si el título, los derechos reales inmobiliarios o los actos de mutación jurídico-real de los mismos), es lo cierto que el préstamo no goza de la condición de inscribible a tenor del artículo 2 de la Ley Hipotecaria y del artículo 7 de su Reglamento, pues no es –desde luego- un derecho real, ni tampoco tiene la trascendencia real típica a la que se refiere el segundo de estos preceptos (pues no modifica, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales).

La hipoteca, por el contrario, no solo es inscribible, sino que es un derecho real (de garantía) *de constitución registral*. Tan es así, que el artículo 1875 del Código Civil afirma contundentemente 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”, extremo que corrobora el artículo 1280 del propio Código Civil y que concreta la Ley Hipotecaria al afirmar (en su artículo 130) que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados “sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”.

Tales preceptos son concordantes, además, con la condición de título ejecutivo que posee la primera copia de las escrituras públicas (artículo 517.2.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), definida tal noción de *primera copia*, en el

artículo 17.1, párrafo cuarto, de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 - en redacción dada por la Ley 36/2006-, como “[] el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes”, a lo que añade que “[a] los efectos del artículo 517.2.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter”.

El hecho de ser la hipoteca un derecho real *de constitución registral* la sitúa, claramente, como *negocio principal a efectos tributarios en las escrituras públicas en las que se documentan préstamos con garantía hipotecaria*, pues el único extremo que hace que el citado acto jurídico complejo se someta al impuesto sobre actos jurídicos documentados es que el mismo es inscribible, siendo así que, en los dos negocios que integran aquel acto, solo la hipoteca lo es.

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 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 aquél.

4. La segunda razón tiene que ver, como dijimos, con la configuración legal de la base imponible en la parte del tributo que grava el contenido *material* del documento.

Dice el artículo 30.1 del texto refundido que “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”.

Si ello es así es porque, inequívocamente, el aspecto principal (único) que el legislador ha contemplado en el precepto citado es la hipoteca, máxime si se tiene en cuenta que aquellos extremos (los intereses, las indemnizaciones o las penas por incumplimiento) solo pueden determinarse porque figuran en la escritura pública de constitución de hipoteca y porque son las que permitirán que el acreedor pueda ejercitar la acción privilegiada que el ordenamiento le ofrece (ya que, como dijimos, la acción solo podrá ejercitarse “sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento”).

Cabría añadir una segunda reflexión: si analizamos el artículo 30.1 desde la perspectiva de la capacidad contributiva, es claro que la que se pone de manifiesto, a tenor de su redacción, no es la del prestatario (que solo ha recibido el préstamo y que se obliga a su devolución y al pago de los intereses), sino la del acreedor hipotecario (único verdaderamente interesado –como veremos- en que se configure debidamente el título y se inscriba adecuadamente en el Registro de la Propiedad).

5. La correcta interpretación del precepto contenido en el artículo 29 (“será su 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”) abona la tesis que defendemos.

La expresión “en su defecto” no solo puede ir referida a aquellos supuestos en los que no pueda identificarse un “adquirente” del bien o derecho, sino también a aquellos otros –como el que nos ocupa- en los que no puede determinarse con precisión quién ostenta tal condición.

Merece la pena detenerse, además, en el concepto de “interés”, que no entendemos baladí en el caso que nos ocupa, pues puede también ser un indicador de capacidad económica utilizable por el legislador para determinar quiénes sean los obligados tributarios. Es importante destacarlo, además,

porque el “interés” conecta con el otro aspecto contenido en el precepto (la “solicitud” del documento notarial), pues solo un interesado puede pedir al fedatario la expedición o la entrega de la escritura.

Las dificultades para determinar con seguridad quién sea la persona del “adquirente” y la presencia en nuestro caso de un negocio complejo en el que cabría –al menos a efectos dialécticos- identificar dos adquirentes, nos conducen a utilizar –como criterio hermenéutico complementario- el contenido del artículo 29 del texto refundido y considerar esencial la figura del “interesado” para despejar aquellas incógnitas.

Desde esta perspectiva, no nos cabe la menor 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 ésta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad.

Conviene recordar, además, que la persona del hipotecante puede coincidir con el mismo deudor o con un tercero (el *hipotecante no deudor*, que solo responde con el bien hipotecado), siendo así que –en este último caso- no solo se exigiría el gravamen a una persona completamente ajena a la hipoteca, sino que la base imponible del impuesto incluiría sumas distintas a aquellas que se contemplan en el único negocio en el que participó, comprometiéndose seriamente, creemos, el principio de capacidad contributiva.

6. Por lo demás, no entendemos que altere la conclusión expuesta la circunstancia de que el reglamento de desarrollo de la ley disponga, en el apartado segundo de su artículo 68 y en relación con el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados, que “*cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario*”.

Como dijimos más arriba, de ser ese el criterio del legislador, debería haberlo declarado expresamente al contemplar en su articulado el préstamo con garantía hipotecaria. De hecho, lo hace con este mismo negocio jurídico complejo en la modalidad transmisiones patrimoniales, pues en esta –y solo en esta- se afirma en la ley (artículo 15) que la constitución, entre otros, del derecho de hipoteca en garantía de un préstamo “tributará exclusivamente por el concepto de préstamo”.

Nada le era más fácil al legislador que incorporar una previsión equivalente en sede de actos jurídicos documentados, aclarando el concepto de “adquirente” en estos supuestos; de suerte que, entendemos, si no lo hizo fue porque consideró que lo verdaderamente relevante en el repetido negocio complejo, a efectos de su sometimiento a gravamen, era la necesidad de inscripción, requisito que fundamenta la aplicación del tributo y que concurre exclusivamente en la hipoteca.

El artículo 68.2 del reglamento, por tanto, no tiene el carácter interpretativo o aclaratorio que le otorga la jurisprudencia que ahora modificamos, 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.

SEXTO. Respuesta a la segunda (y previa) cuestión interpretativa planteada en el auto de admisión.

1. Con lo razonado en el fundamento anterior estamos en condiciones de dar respuesta a la cuestión que hemos considerado preferente de las dos que nos suscita la Sección Primera de esta Sala: el sujeto pasivo en el impuesto sobre actos jurídicos documentos cuando el documento sujeto es una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria es el acreedor hipotecario, no el prestatario.

2. La declaración anterior debe completarse, para dar cumplimiento al auto de admisión, haciendo explícito que tal decisión supone acoger un criterio contrario al sostenido por la jurisprudencia de esta Sala hasta la fecha y representado por las sentencias, entre otras, que hemos señalado más arriba y supone, por ello, modificar esa doctrina jurisprudencial anterior.

SÉPTIMO. Innecesariedad de dar respuesta a la primera cuestión recogida en el auto de admisión.

1. Como apuntamos en el primer fundamento de derecho de esta sentencia, la decisión que adoptamos en relación con el sujeto pasivo determina la disconformidad a derecho de la liquidación recurrida ante la Sala de Madrid, pues la liquidación fue girada a quien no tenía la condición de sujeto pasivo.

2. La citada declaración satisface plenamente la pretensión de nulidad deducida por la parte recurrente, lo que hace innecesario analizar la cuestión relativa a la eventual exención de las viviendas de protección oficial destinadas a familias numerosas.

3. Ello no obstante, conviene recordar la reciente sentencia de esta Sala y Sección de 9 de octubre de 2018 (recurso de casación núm. 4660/2017), en la que concluimos lo siguiente:

a) Los parámetros que han de tenerse en cuenta a efectos de la exención contenida en el artículo 45.I.B), 12ª, TRLIAJD son los establecidos en las normas estatales que regulan las características de las viviendas de protección oficial, pues son tales normas las que deben fijar, a los efectos de la exención, las condiciones de superficie máxima protegible, precio de la vivienda y límite de ingresos de los adquirentes que deben tenerse en cuenta para gozar de la exención aquí analizada.

b) Por tanto, en armonía con lo que ya hemos declarado en nuestra sentencia de 22 de mayo de 2018 (recurso de casación nº 96/2017), el Real Decreto 2066/2008 limita a 90 metros cuadrados útiles la superficie máxima, de la que hay que partir a los efectos de excluir de la exención debatida aquellos inmuebles que superen dicha extensión.

c) Además, la norma estatal de reenvío de la disposición fiscal que tipifica la exención no contempla la posibilidad de ampliar dicha superficie máxima para las viviendas de protección oficial cuando vayan destinadas a familias numerosas, pues de ser así se estaría produciendo una extensión analógica del ámbito de la exención, en contra de la explícita prohibición que contiene el artículo 14 de la Ley General Tributaria”.

OCTAVO. Resolución de las cuestiones que el recurso suscita y pronunciamiento sobre costas.

1. Consecuencia obligada de lo que acabamos de exponer es, en primer lugar, la estimación del recurso de casación y la revocación de la sentencia de instancia en cuanto desestimó el recurso jurisdiccional por entender que el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados era el prestatario y no –como hemos razonado- el acreedor hipotecario.

Y, como resultado lógico de aquella estimación, debe anularse la liquidación recurrida pues el sujeto pasivo del impuesto no era el considerado por la Oficina de Inspección de la Comunidad de Madrid, lo que hace que el que ésta tuvo en cuenta como obligado tributario no deba abonar el discutido tributo.

2. Y en cuanto a las costas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, al no apreciarse mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procede declaración expresa de condena en dicho concepto en lo que se refiere a las causadas en este recurso de casación. Y respecto de las correspondientes a la instancia, cada parte abonará las suyas y las comunes por mitad.

F A L L O

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

Primero. Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia.

Segundo. Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Lourdes Amasio Díaz, en nombre y representación de la EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE RIVAS VACIAMADRID, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de fecha 19 de junio de 2017, dictada en el procedimiento ordinario núm. 501/2016, sobre liquidación del impuesto sobre actos jurídicos documentados de una escritura pública de formalización de préstamo hipotecario respecto de varias viviendas, sentencia que se casa y anula.

Tercero. Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE RIVAS VACIAMADRID, S.A., contra la resolución del Tribunal Económico-Regional de Madrid de fecha 31 de mayo de 2016, que desestimó la reclamación económico-administrativa deducida frente al acuerdo de la Oficina Técnica de la Inspección de los Tributos de la Comunidad de Madrid que practicó la liquidación núm. 0020131043847 correspondiente al impuesto sobre actos jurídicos documentados, cuantía 22.566,47 euros, respecto de escritura de constitución de préstamo con garantía hipotecaria, declarando la nulidad de tales resoluciones (de la Oficina y del TEAR) por su disconformidad con el ordenamiento jurídico.

Cuarto. Anular el número 2 del artículo 68 del reglamento del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 25 de mayo, por cuanto que la expresión que contiene (“cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”) es contraria a la ley.

Quinto. Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Sexto. No hacer imposición de las costas procesales, ni de las de esta casación, ni las causadas en la instancia.

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

Así se acuerda y firma.

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. José Díaz Delgado

D. Ángel Aguallo Avilés

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Jesús Cudero Blas

D. Dimitry Berberoff Ayuda

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES QUE EMITE EL MAGISTRADO NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM 5350/2017.

Comparto el fallo de la sentencia y la solución interpretativa que acoge sobre que, en el impuesto sobre actos jurídicos documentados y en los casos en los que lo sujeto sea una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo es el acreedor hipotecario y no el prestatario.

No discrepo de la mayor parte de los argumentos que la sentencia desarrolla en sus fundamentos de derecho (FFJJ) para justificar su fallo y su respuesta a esa cuestión interpretativa que acaba de mencionarse.

Es más, elogio el noble celo del ponente, que demuestra un encomiable esfuerzo por agotar todos los frentes de polémica que suscitaba el litigio y por buscar con la mayor exhaustividad posible toda la argumentación que pudiera aflorar sobre las distintas vertientes de la controversia que se estaba enjuiciando; y hago explícito mi reconocimiento a la brillantez y rigor técnico con los que expresa los razonamientos que incluye en los FFJJ de la sentencia.

Sin embargo, disiento de que la sentencia no haya destacado con un especial énfasis dos ideas que para mí eran muy básicas para enfocar debidamente el principal problema que había de resolverse.

La primera consistía en llamar la atención sobre que la genérica tributación sobre actos jurídicos documentados no engloba un único tributo sino estos dos: el gravamen *sobre documentos notariales* y el gravamen sobre *actos jurídicos documentados notarialmente*. Dos tributos muy diferentes en lo

concerniente a su justificación, hecho imponible y cuantificación de la obligación tributaria; y, por tanto, también muy distintos en cuanto a los elementos que habían de ser ponderados en uno y otro para indagar quien 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.

La segunda se refiere a la necesidad de erigir a los postulados del artículo 31 de la Constitución, y así destacarlo, en el principal patrón hermenéutico que ha de seguirse para resolver las distintas facetas que tiene ese principal problema analizado y resuelto en esta casación: quien debe ser considerado sujeto pasivo en el impuesto sobre actos jurídicos documentados cuando lo gravado es una escritura notarial que formaliza un préstamo con garantía hipotecaria.

Creo que sobre el eje principal que resulta de estas dos básicas ideas tenía que haber sido construida la estructura del discurso argumental que la sentencia desarrolla en sus fundamentos de derecho; y que con ello dicho pronunciamiento habría ganado en claridad y fuerza persuasiva.

En mi criterio, esas dos omisiones habrían quedado subsanadas si se hubieran incluido dos fundamentos de derecho con las rúbricas y el contenido que incluyo a continuación:

I.- Principales datos normativos que han de tomarse en consideración para el análisis y decisión del problema concerniente a quien debe ser considerado sujeto pasivo en el impuesto sobre actos jurídicos documentados, cuando lo gravado es una escritura notarial que formaliza un préstamo con garantía hipotecaria.

Están representados por todo lo que seguidamente se señala.

1.- La genérica tributación por actos jurídicos documentados regulada en el TR/LITP-AJD de 1993 comprende dos figuras tributarias de distinta naturaleza y régimen.

La lectura de la específica regulación que el título III del TR/LITP-AJD de 1993 dedica a la tributación sobre actos jurídicos documentados permite constatar, como ha sido doctrinalmente destacado, que esa genérica tributación engloba no una sino dos figuras tributarias distintas: un tributo sobre *los documentos notariales* (tributo sobre el “*instrumentum*” notarial) y un tributo sobre los *actos jurídicos documentados notarialmente* (tributo sobre el “*negotium*” notarial).

Así se desprende de lo establecido en los artículos 30 y 31 del TR/LITP-AJD, pues este último precepto, en orden a la fijación de la cuota tributaria, incluye dos distintos criterios: uno de cuota fija, que prescinde del acto notarialmente documentado y sólo toma en consideración los pliegos o folios del documento notarial; y otro de cuota variable, que se determina aplicando a una base imponible el tipo que haya sido establecido para este gravamen.

Y en lo que hace a dicha base imponible, es el primero de esos preceptos, el artículo 30, el que se encarga de regular como se determina tal elemento tributario; lo que hace tomando en consideración la cantidad o cosa valuable que haya encarnado el objeto del acto jurídico (“*negotium*”) notarialmente documentado.

La principal diferencia resultante de esa dualidad es que las actuaciones o conductas que materializan el hecho imponible son distintas en una y otra figura tributaria. Así, en el tributo sobre los *documentos notariales* (de cuota fija, como ya se ha dicho), el hecho imponible se realiza con la simple autorización o expedición del documento notarial de que se trate; mientras que en el tributo sobre *el acto jurídico notarialmente documentado* es un específico contenido de este acto jurídico el que interviene en la realización del hecho imponible y tiene influencia en la cuantificación de la obligación tributaria.

Otra diferencia, muy ligada a la anterior, es la justificación que tiene el gravamen en cada una de esas dos figuras tributarias.

En el tributo sobre *los documentos notariales* la razón del gravamen 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 tributo sobre los *actos jurídicos documentados notarialmente* 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.

2.- El válido ejercicio de la potestad tributaria no puede apoyarse únicamente en una finalidad recaudatoria, pues ha de respetar y observar los parámetros constitucionalmente establecidos para la distribución de la carga tributaria.

El principal condicionante constitucional es el del artículo 31 CE, que requiere 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.

Pero no es el único, pues ese artículo 31 CE ha de cohonestarse con estos otros postulados constitucionales: el de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) y el genérico principio de igualdad (artículo 14 CE).

3.- La formalización en escritura pública y la inscripción en el registro de la propiedad son requisitos inexcusables para la constitución del derecho real de garantía hipotecaria, pero no así para la perfección de un contrato de préstamo.

Resulta de lo establecido en los artículos 1875 del Código Civil y 3 y 145 de la Ley Hipotecaria.

II.- Las conclusiones que derivan de lo anterior en orden a lograr la mejor observancia de los mandatos contenidos en el artículo 31.1 de la Constitución.

Son las que a continuación se indican.

1. Las razones que justifican el tributo sobre los *actos jurídicos notarialmente documentados* concurren en mucha mayor medida en el acreedor hipotecario.

Como ya se ha dicho, la figura del tributo sobre los *actos jurídicos documentados notarialmente* requiere, en virtud de lo establecido en el artículo 31.2 del TR/LITP-AJD, que el instrumento notarial esté referido a un acto o contrato cuyo objeto sea evaluable económicamente y que tenga acceso a los registros que enumera (el registro de la propiedad, entre otros). Y también se ha señalado que el instrumento notarial y la inscripción registral son requisitos constitutivos para la hipoteca y no para el contrato de préstamo, que puede ser válidamente convenido sin necesidad de observar una y otra exigencia.

Lo que acaba de afirmarse ya autoriza a efectuar estas primeras afirmaciones: en el préstamo con garantía hipotecaria la justificación del tributo sobre los *actos jurídicos documentados notarialmente* respecto del acreedor hipotecario es clara, pues deriva de la necesidad que tiene del instrumento notarial y del asiento registral para que se constituya válidamente su derecho real de garantía; esto es, lo que 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, 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.

2.- La capacidad económica gravada en el tributo sobre los *actos jurídicos notarialmente documentados* se individualiza con claridad en el acreedor hipotecario y resulta nula o notoriamente inferior en el deudor prestatario.

La cuantificación de la cuota variable del tributo sobre los *actos jurídicos documentados notarialmente*, como resulta de lo establecido en el artículo 30.1 del TR/LITP-AJD, toma consideración no sólo 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.

Quiere esto decir 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. Y, por ello, la debida observancia del artículo 31 CE aconseja situar en el acreedor hipotecario la capacidad económica que resulta gravada en esta figura de tributo sobre los *actos jurídicos documentados notarialmente*.

Madrid a 16 de octubre de 2018.

Nicolás Maurandi Guillén

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

Que, al amparo de lo establecido en el artículo 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda, con relación a la sentencia dictada en el recurso de casación 5350/2017.

Desde el máximo respeto y consideración al criterio de la mayoría, mi discrepancia se centra en la determinación de la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria pues, a diferencia de la solución a la que llega la sentencia, entiendo que corresponde al prestatario y no al prestamista (acreedor hipotecario).

Se aceptan por remisión los antecedentes de hecho de la sentencia, así como sus fundamentos de derecho primero (objeto del recurso y orden de análisis de las cuestiones fijadas por el auto de admisión) y séptimo (en cuanto a que los parámetros que han de tenerse en cuenta a efectos de la exención contenida en el artículo 45.I.B), 12ª, TRLITPAJD son los establecidos en las normas estatales que regulan las características de las viviendas de protección oficial, pues son tales normas las que deben fijar, a los efectos de la exención, las condiciones de superficie máxima protegible, precio de la vivienda y límite de ingresos de los adquirentes que deben tenerse en cuenta para gozar de la exención aquí analizada.)

Consecuentemente, el recurso de casación debería haberse desestimado, de acuerdo con las razones que a continuación se exponen.

PRIMERO. Los términos en los que el auto de admisión identifica el interés casacional -“precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 LITPAJD, en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria”- propician una breve reflexión sobre la importancia de la previsibilidad del derecho y, en definitiva, sobre el papel de la jurisprudencia en el reforzamiento de la seguridad jurídica.

Concebida como certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y sobre los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1), como expectativa razonablemente fundada del ciudadano en la aplicación del derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), la seguridad jurídica proyecta una suerte de obligación dirigida a todos los poderes públicos, encarnada en la previsibilidad de los efectos de las normas, que cobra una dimensión excepcional en el campo de la aplicación jurisdiccional del derecho y, más en particular, en la función interpretativa que, sobre el conjunto del ordenamiento, corresponde a la jurisprudencia.

No es la primera vez que la sección de admisión de esta Sala Tercera aprecia el interés casacional objetivo del recurso sobre una determinada cuestión, pese a la existencia de pronunciamientos previos del Tribunal Supremo sobre ese particular.

Ilustran esta afirmación el ATS de 3 mayo 2017 (RCA 189/2017) o el ATS del 23 mayo 2018 (RCA 527/2018), en los que, no obstante, se pone de manifiesto que el interés casacional *sólo existiría si fuera necesario* para matizar, precisar o concretar la jurisprudencia con relación a *realidades jurídicas diferentes* a las ya contempladas en esa jurisprudencia.

En otras ocasiones, la admisión de un determinado recurso de casación persigue reafirmar, reforzar o completar un criterio que aparece plasmado en una única sentencia del Tribunal Supremo, tal y como proclaman, por ejemplo, el ATS 16 mayo 2017 (RCA 685/17) o el ATS 6 junio 2017 (RCA 1137/2017).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, es notorio que no hay una única sentencia ni, por otro lado, parece que el auto de admisión de 15 de enero de 2018 quisiera indagar la aplicabilidad o no de la jurisprudencia existente a una *realidad jurídica diferente*. En efecto, la realidad jurídica que subyace a este recurso no difiere de aquella que, a lo largo de los años, ha venido forjado el pronunciamiento reiterado de la Sala Tercera en el ya viejo debate en torno a quién es el sujeto pasivo del IAJD en las escrituras de préstamos hipotecarios, controversia que se ha saldado confirmando dicha condición al prestatario.

En consecuencia, no parecen ser éstas las circunstancias que hayan justificado la admisión del recurso. Por eso, conviene reproducir parte del razonamiento jurídico Tercero del auto de admisión cuando se hace eco “ del reciente criterio contrario sentado por la Sala Primera [que] ha abierto un debate doctrinal que requiere una nueva respuesta por parte de este Tribunal Supremo, máxime cuando, como pone de manifiesto la entidad recurrente en su escrito de preparación, es una materia que afecta a un gran número de situaciones y tiene una importante trascendencia social, más allá del caso objeto del proceso”.

Pues bien, en mi opinión reviste importancia la circunstancia de que la Sala Primera haya matizado su criterio anterior, mediante sus sentencias de 15 de marzo de 2018 (recursos de casación 1211/2017 y 1518/2017) en cuya virtud se reconoce que la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para determinar el sujeto pasivo del impuesto y, por otro lado, remitiéndose a la propia jurisprudencia de la Sala Tercera, extrae la consecuencia de que el sujeto pasivo es el prestatario.

No obstante, de acuerdo con los propios razonamientos del auto de admisión -que se refiere también a la trascendencia social del recurso y al gran número de situaciones a las que afecta-, ciertamente no es posible mantener la pérdida del interés casacional.

Sin embargo, dado que -sin perjuicio del pronunciamiento relativo a la exención respecto de viviendas de protección oficial- la cuestión nuclear consiste en “precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial

existente”, desaparecida la eventual contradicción que hubiese podido surgir entre la Sala Primera y la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo procedente hubiese sido desestimar el recurso de casación por no concurrir, en mi opinión, razones o motivos que justifiquen el importante giro jurisprudencial acometido por la sentencia.

En primer lugar, porque si bien han sido profundos los cambios en el sistema tributario español desde que en el año 1993 fuese aprobado el TRLITPAJD, desde la perspectiva del tributo en cuestión y sin perjuicio de constantes retoques o modificaciones, prácticamente desde hace 25 años el marco normativo sobre el cual se proyecta ahora la nueva interpretación acometida por la sentencia, ha permanecido inmutable. Así se corrobora si nos atenemos a que el Título preliminar (Naturaleza y contenido) del Texto Refundido únicamente fue modificado por la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, que añadió el apartado 3 del artículo 6 o que la última modificación que ha experimentado su Título III (Actos jurídicos documentados) ha sido la de los artículos 30 y 31, operada por Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en todo caso, considerada por la jurisprudencia de la que ahora la sentencia se aparta.

En segundo lugar, cabe evocar que esa línea jurisprudencial es uniforme y que sin contradicciones sustanciales se ha mantenido estable a lo largo de los años, por ejemplo, desde la sentencia de 19 noviembre 2001 (Rec 2196/1996) hasta la más reciente de 22 noviembre 2017 (Rec 3142/2016).

En tercer lugar, los aspectos básicos que desgrana la sentencia para justificar el nuevo rumbo jurisprudencial que conduce a proclamar como obligado al pago del tributo al acreedor hipotecario -esto es, el requisito de la inscribibilidad, la configuración legal de la base imponible y el tenor literal del artículo 29 del TRLITPAJD - pueden encontrarse también en la argumentación de algunas de las sentencias anteriores.

Ahora bien, pese a no concurrir en mi opinión ninguna de las anteriores circunstancias (modificación normativa, contradicción jurisprudencial o criterios

distintos a los hasta ahora considerados) nada impide que la reinterpretación o una nueva valoración sobre elementos normativos y jurisprudenciales preexistentes puedan justificar la modificación de la jurisprudencia.

Al fin y al cabo, como advirtiera tempranamente el Tribunal Constitucional en su sentencia 27/1981, de 20 de julio, el derecho ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social, como instrumento de progreso y de perfeccionamiento (FJ 10). Además, es evidente que la seguridad jurídica no resiste el inmovilismo anclado en una jurisprudencia construida sobre premisas erróneas o incoherentes. Pero entiendo que no estamos ante este escenario pues, incluso, concurren sólidos motivos para ratificar la jurisprudencia en torno al artículo 29 TRLITPAJD a la vista de los argumentos que siguen a continuación.

SEGUNDO. No comparto la afirmación contenida en la sentencia relativa a que “[e]l hecho de ser la hipoteca un derecho real de constitución registral la sitúa, claramente, *como negocio principal a efectos tributarios* en las escrituras públicas en las que se documentan préstamos con garantía hipotecaria, pues el único extremo que hace que el citado acto jurídico complejo se someta al impuesto sobre actos jurídicos documentados es que el mismo es inscribible, siendo así que, en los dos negocios que integran aquel acto, solo la hipoteca lo es.”

Ciertamente, la inscripción registral es constitutiva de la hipoteca (artículo 1875 del Código Civil) pero considero que no cabe categorizar un determinado acto o negocio como principal (y por ende, otro, en contraposición, como accesorio) únicamente *a efectos tributarios*, sin indagar la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato sometido a tributación, sobre todo en un impuesto tan intrincado como el de AJD.

En efecto, la heterogeneidad que encierra esta figura se ilustra por los debates en torno a la existencia de dos hechos imponible diferentes (el gravamen sobre la propia escritura pública, esto es, sobre el instrumento notarial y el gravamen sobre el acto jurídico que se documenta) o, incluso, sobre la

naturaleza jurídico tributaria (tasa o impuesto) que reviste el gravamen sobre la escritura (sobre el ya referido instrumento notarial).

Estas dificultades interpretativas, en supuestos como el que nos ocupa, encuentran su máxima expresión en la delimitación del hecho imponible y en la determinación del sujeto pasivo del IAJD.

Por lo que se refiere al hecho imponible, el artículo 28 del TRLITPAJD expresa que “están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, en los términos que establece el artículo 31.” Lo primero que llama la atención es que la integración de un elemento estructural del tributo como es el hecho imponible -el presupuesto fijado por la ley para configurar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal (artículo 20.1 LGT)- se difiera por el legislador a lo que establece otro precepto, el artículo 31, referido a la cuota tributaria.

Sin entrar en consideraciones de técnica legislativa, lo cierto es que al acudir al artículo 31 claramente se pone de manifiesto la existencia de una *cuota fija* y una *cuota gradual* y que ha llevado a parte de la doctrina a mantener que el IAJD en su modalidad de documentos notariales (artículos 28 a 32) encierra, en realidad, dos hechos imponibles distintos (no faltan quienes hablan directamente de dos tributos distintos): por un lado, el representado por el gravamen documental (artículo 31.1 TRLITPAJD y artículo 70 del Reglamento) y, por otro lado, el gravamen sobre el acto o contrato reflejado en el documento notarial (artículo 31.2 TRLITPAJD y artículo 71 del Reglamento).

Pues bien, sin perjuicio de que, en mi opinión, no hay dos hechos imponibles distintos sino dos modalidades de un único hecho imponible, la sentencia fija el foco de atención exclusivamente sobre la denominada *cuota gradual* que, en efecto, a tenor del artículo 31.2 TRLITPAJD exige una serie de requisitos, entre ellos, el de la *inscribibilidad* del acto o contrato en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles.

Al respecto cabe considerar, por un lado, que el hecho imponible del IAJD es único y, por otro lado, que no cabe disgregar el préstamo de la hipoteca, toda vez que se trata de negocios jurídicos conexos, documentados, además, en la misma escritura y que exhiben una unidad jurídica, funcional y económica.

No obstante, aun aceptando la posibilidad de diferenciar *a efectos tributarios* -en definitiva, separar-, el préstamo de la hipoteca, si bien coincido sobre la circunstancia de que el préstamo, aisladamente considerado, no tiene acceso al Registro de la Propiedad, ello no comporta, *per se*, que un préstamo documentado en escritura pública no esté sujeto al IAJD pues -con independencia del juego de la exención-, no cabe obviar la cuota fija (artículo 31.1 TRLITPAJD) que recae directamente sobre el documento notarial (a la que se sujetaría la escritura pública que documenta el préstamo).

Cierto es que, desde el punto de vista económico, la trascendencia se sitúa en la cuota gradual del artículo 31.2 TRLITPAJD, pero lo que se discute en el presente recurso es la determinación del sujeto pasivo en el IAJD en el caso de préstamos hipotecarios, y para ello, en mi opinión, no puede diferenciarse entre dos sujetos pasivos diferentes, uno por la cuota fija, y otro por la cuota gradual.

En efecto, esas dificultades interpretativas se evidencian también a la hora de determinar el sujeto pasivo, no sólo por los términos en los que aparece redactado el artículo 29 TRLITPAJD (“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.”) sino por la circunstancia de que el sujeto pasivo debería ser el mismo tanto con relación a la *cuota fija* como a la *cuota gradual*.

En consecuencia, por las ambigüedades que destila la propia norma tributaria, debe acudirse al artículo 2.1 TRLITPAJD, en cuya virtud “el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado,

prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia.”

Por eso, la lectura del precepto sugiere que deba estarse a una interpretación basada en el derecho privado, como confirma el artículo 3.1 TRLITPAJD: “Para la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su distinta naturaleza, destino, uso o aplicación, se estará a lo que respecto al particular dispone el Código Civil o, en su defecto, el Derecho Administrativo”.

En este sentido, la norma del tributo especifica lo que disponía el artículo 23.2 LGT de 1963 (actualmente, artículo 12.2 LGT de 2003) desde el momento que *en tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda*. No parece que la normativa tributaria (el TRLITPAJD de 1993) contenga una redacción satisfactoria para indagar únicamente sobre la base que la misma proporciona quién es el sujeto pasivo en este caso.

Consecuentemente, ante ese silencio, vacío u obscuridad, la norma tributaria debería integrarse mediante su aplicación supletoria, por la normativa general o particular “que disciplina la institución jurídica que el legislador fiscal utiliza pero no caracteriza”, como ha puesto de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 20 julio 2009 (recurso de casación 1504/03).

Cobra así sentido el no disgregar entre préstamo e hipoteca “a efectos tributarios” cuando, “a efectos civiles” el préstamo hipotecario responde a una unidad funcional y económica forjada sobre la base de dos contratos conexos en los que, por su propia configuración como contrato real de garantía, la hipoteca es accesoria del préstamo.

Es decir, no cabe otorgar preponderancia al requisito de la inscribibilidad, sobre la base del artículo 31.2 TRLITPAJD considerándolo como un requisito de sujeción al IAJD -cuando, en realidad, se configura como un requisito sólo 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.

De esta manera, se entiende más nítidamente la afirmación contenida en la jurisprudencia que ahora se modifica, en el sentido de 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) ” (Sentencia de 20 de enero de 2004, rec. 158/2002)

TERCERO. Las instituciones jurídicas experimentan una constante evolución, por profunda que sea su raigambre. En este sentido, la Sala Civil del Tribunal Supremo en su reciente sentencia 432/18, de 11 julio (recurso 2620/2015), frente a la argumentación de que el préstamo es un contrato real y unilateral, admite la aplicación el artículo 1124 CC, es decir, permite el ejercicio de la acción de resolución por incumplimiento por parte del prestamista al amparo del art. 1124 CC. Además, como se infiere de la citada sentencia, el que un préstamo devengue intereses es indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, resaltando que quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses.

Este carácter bilateral ahonda, precisamente, en el compromiso que comporta el propio contrato de préstamo -en el caso de la sentencia que se acaba de referir, el pago de intereses- y que resulta trasladable al ámbito del préstamo hipotecario en el que, incluso, el préstamo obra como causa de la hipoteca. Dicho de otra manera, la hipoteca no existiría de no haberse realizado el préstamo.

Nos encontramos, en definitiva, en el campo de las denominadas *garantías contextuales* y que, incluso, han llevado a la Sala Primera del Tribunal

Supremo a afirmar que “salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero” (STS 1954/2014, de 30 abril, recurso 1954/2014.)

CUARTO. En cualquier caso, debe repararse en que, la modificación de esta jurisprudencia, que se ha mantenido estable durante casi dos décadas, no comporta exclusivamente proclamar que el sujeto pasivo del IAJD sea el prestamista en lugar del prestatario. No sólo es eso.

Acometer un giro jurisprudencial de esta magnitud supone rechazar las premisas y argumentos que fundamentaron el anterior criterio, algunos de los cuales afectan a aspectos tan esenciales como el de los límites del principio de legalidad en materia tributaria (por ejemplo, al hilo de considerar la extralimitación que con relación a la Ley se proclama ahora del artículo 68 del Reglamento pese a que esa extralimitación quedara descartada por la sentencia de 20 enero 2004, rec. 158/2002) o la delimitación de las tenues fronteras entre la analogía prohibida en el ámbito tributario (artículo 14 LGT) y la utilización de criterios interpretativos sistemáticos, máxime cuando algunas sentencias del Tribunal Supremo mantienen que el sujeto pasivo a efectos de AJD es el prestatario sin omitir que los artículos 8 y 15 TRLITPAJD se ubicaban sistemáticamente en sede de transmisiones patrimoniales.

En este sentido, la citada sentencia de 20 de enero de 2004, rec. 158/2002, claramente diferencia al respecto, apuntando que “ *en el ITP* no hay dificultad alguna para concretar cuál es el sujeto pasivo, puesto que el artículo 8 del RD Leg 1/1993 señala que “en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario tendrá la cualidad de sujeto pasivo”, y, dado que el préstamo hipotecario tributa únicamente como préstamo, el sujeto pasivo es, lógicamente, el prestatario; pero, *en cambio, el IAJD*, aplicable en los casos a que se refiere el artículo 31 del antes citado RD Leg, o sea, cuando el préstamo hipotecario no está sujeto al ITP (normalmente por estar sujeto al IVA) y la

escritura tiene por objeto cantidad o cosa valuable, conteniendo actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, el artículo 29 de dicho texto indica que “el sujeto pasivo es el adquirente del bien o derecho...” “

Por tanto, cuando la jurisprudencia proclama que el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario sobre la base de lo que la norma tributaria expresa en sede de ITP, parece recurrir, en realidad, a un criterio de interpretación sistemático ante la ambigüedad que, conforme a lo expresado, trasluce el TRLITPAJD.

QUINTO. En la línea de lo que se acaba de expresar, este cambio jurisprudencial comporta, asimismo, la revisión de otros aspectos que deben ser tenidos en consideración al relacionarse directamente con el derecho de la Unión Europea, cuya correcta aplicación constituye una responsabilidad fundamental del juez nacional.

Pues bien, este cambio jurisprudencial es susceptible de incidir en el ámbito de la relación -incluso, de la compatibilidad- entre el IAJD y el IVA, sin perjuicio de que la relación entre ambas figuras tributarias venga determinada por la propia norma de la Unión o, en su caso, por la interpretación que de la misma haga el Tribunal de Justicia.

En este punto, el TJUE mediante auto de 27 de noviembre de 2008, Renta, C-151/08, Rec. p. I-00164, resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por la que, sobre la base del artículo 33 de la Sexta Directiva, cuestionaba la compatibilidad entre el IVA y el IAJD, concretamente, la percepción de la cuota gradual con relación a la formalización de una compraventa realizada por un empresario cuya actividad consista en la compraventa de inmuebles o su compra para su posterior transformación o arrendamiento.

Según la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 11 de octubre de 2007, KÖGÁZ y otros, C-283/06 y C-312/06, Rec. p. I-8463, apartado 34), un impuesto, un derecho o una tasa puede entorpecer el funcionamiento del IVA, cuando de

forma comparable al IVA, someta a tributación la circulación de bienes y servicios e incida de la misma forma en las transacciones comerciales. Sin embargo, para el TJUE, el IAJD no produce ese efecto, porque no comparte las características esenciales del IVA.

Debe insistirse en que la compatibilidad o incompatibilidad de dicha relación viene determinada por la jurisprudencia del TJUE y no, obviamente, por lo que pueda decir la normativa o jurisprudencia nacionales. Sin embargo, no es menos cierto que la información o configuración del presupuesto fáctico, normativo y jurisprudencial -en este caso del IAJD- resulta crucial para que el TJUE cumpla su labor y, como es natural, en este punto, el Tribunal Supremo tiene una gran responsabilidad -la máxima responsabilidad- en el ámbito jurisdiccional de un Estado miembro.

Pues bien, se da la circunstancia de que la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre 2006 (Rec. 4593/01) analiza la tributación del IAJD con relación a la Sexta Directiva del IVA, precisamente, al hilo de los préstamos hipotecarios. Aunque la sentencia no observe incompatibilidad ente ambas figuras-al igual que dos años después hiciese el TJUE- entiende, no obstante, que, en primer lugar, el hecho imponible del IAJD recae sobre el documento y no sobre el acto contenido en el mismo y que, en segundo lugar, el sujeto pasivo es el prestatario.

Sin embargo, dichos parámetros jurídicos han cambiado por completo, toda vez que del nuevo criterio que ahora mantiene la sentencia, se infiere, en primer lugar, la configuración del hecho imponible exclusivamente sobre la base del acto o negocio documentado y, en segundo lugar, la consideración del prestamista (acreedor hipotecario) como sujeto pasivo del IAJD.

Por tanto, antes de modificar las anteriores premisas -cuya compatibilidad con el derecho de la Unión Europea había sido proclamada por el TJUE-, cabría indagar desde la perspectiva del derecho de la Unión las consecuencias que, no sólo con relación al IVA sino respecto a la libre circulación de capitales (artículo 63 TFUE), comporta el considerar sujeto pasivo al acreedor

hipotecario (prestamista), sobre todo teniendo en consideración que, prácticamente en la totalidad de los casos, se trata de entidades que desarrollan una actividad económica en el seno del mercado interior.

Una perspectiva amplia de los tributos que gravan el tráfico patrimonial, arroja como resultado que, con el criterio que fija la sentencia (a) tanto el sujeto pasivo del IVA como el del IAJD pasan a ser el mismo (en ambos casos, quien presta el servicio, es decir, el prestamista); (b) como consecuencia del mismo acto -en las escrituras públicas que documenten los préstamos de entidades financieras- el sujeto pasivo del IVA estará sujeto pero exento del IVA (artículo 20.1.18.c Ley del IVA, pues aunque pueda repercutir el tributo, el sujeto pasivo del IVA sigue siendo el prestamista) y, en cambio, ese mismo prestamista - desde la perspectiva del IAJD- estará sujeto y no exento del IAJD.

Por tanto, desde la perspectiva de la coherencia de la libre circulación de capitales y de las exenciones que la misma inspira, resulta difícil justificar situaciones tan diferentes con relación a tributos que tienen el mismo sujeto pasivo y que, además, derivan del mismo acto jurídico, lo que podría haber determinado de nuevo la intervención prejudicial del TJUE.

Entiendo en consecuencia que el recurso de casación debió ser desestimado.

En Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que disiento.

Dimitry Berberoff Ayuda

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Excmo. Sr. D. JESÚS CUDERO BLAS estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; certifico.