

BOLETÍN INFORMATIVO TRIBUTARIO

BITplus

REGISTRADORES DE ESPAÑA

NOVEDADES AUTONÓMICAS

TEMAS FISCALES

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

TRIBUTOS OFICINAS LIQUIDADORAS


Registradores
DE ESPAÑA

Contenido



- El mal llamado "Impuesto sobre las hipotecas". *José Manuel Tejerizo López. Catedrático Emérito de Derecho Financiero y Tributario de la Facultad de Derecho de Madrid*6

TEMAS FISCALES

CATALUÑA

- Decreto Ley 6/2018, de 13 de noviembre, relativo al tipo de gravamen aplicable a las escrituras públicas que documentan el otorgamiento de préstamos o créditos con garantía hipotecaria4

NOVEDADES AUTONÓMICAS

IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

- Base imponible en la declaración de obra nueva..... 14

IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

- Comunidades de propietarios para la construcción de edificios destinados a viviendas..... 15

IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

- Derecho a aplicar la normativa de la Comunidad Autónoma correspondiente o la ley estatal. Plazo del ejercicio de la opción 18

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

TRIBUNAL SUPREMO

- Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados: Sujeto pasivo en las escrituras de préstamo hipotecario21

TRIBUTOS OFICINAS LIQUIDADORAS



NOVEDADES AUTONÓMICAS

TEMAS FISCALES

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

TRIBUTOS OFICINAS LIQUIDADORAS

NOVEDADES AUTONÓMICAS: CATALUÑA.....4

DECRETO LEY 6/2018, de 13 de noviembre, relativo al tipo de gravamen aplicable a las escrituras públicas que documentan el otorgamiento de préstamos o créditos con garantía hipotecaria

NOVEDADES AUTONÓMICAS: CATALUÑA

DECRETO LEY 6/2018, de 13 de noviembre, relativo al tipo de gravamen aplicable a las escrituras públicas que documentan el otorgamiento de préstamos o créditos con garantía hipotecaria

PREÁMBULO

El reglamento del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por el Real decreto 828/1995, de 29 de mayo, establecía en su artículo 68.2 que el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados, en su modalidad de documentos notariales, era el prestatario en caso de escrituras de constitución de préstamo con garantía hipotecaria.

Este precepto ha sido anulado por el Tribunal Supremo en las sentencias recientes 1505/2018, de 16 de octubre, 1523/2018, de 22 de octubre y 1531/2018, de 23 de octubre. Posteriormente, el mismo Tribunal Supremo ha cambiado el criterio y ha resuelto que vuelve a ser el prestatario el contribuyente del impuesto.

Esta situación ha llevado al Gobierno del Estado a aprobar el Real decreto ley 17/2018, de 8 de noviembre, mediante el cual se modifica el artículo 29 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados estableciendo que, en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, es el prestamista el sujeto pasivo del impuesto. Esta previsión normativa ha entrado en vigor el 10 de noviembre de este año.

Por otra parte, en ejercicio de la capacidad normativa en materia de tributos cedidos delegada por el Estado a las comunidades autónomas, la Generalidad de Cataluña ha aprobado diferentes tipos impositivos de la modalidad de actos jurídicos documentados, estableciendo de reducidos en determinados supuestos: en el caso de documentos de adquisición de viviendas declaradas protegidas, incluidos también los documentos del préstamo hipotecario otorgado para adquirirlas; y, en el caso de documentos que formalizan la constitución y la modificación de préstamos hipotecarios otorgados a favor de contribuyentes de treinta y dos años o menos o con una discapacidad acreditada igual o superior al treinta y tres, para la adquisición de su vivienda habitual. En todos estos supuestos la voluntad del legislador era reducir

la carga fiscal para determinados contribuyentes, atendiendo a su capacidad económica. Ahora bien, esta finalidad queda desvirtuada desde el momento en que se convierte en contribuyente del tributo la entidad prestamista.

El Decreto ley suprime, en consecuencia, los tipos reducidos mencionados anteriormente, de forma y manera que los documentos que formalizan el otorgamiento de préstamos con garantía hipotecaria están sujetos al tipo general de gravamen—cuota gradual, actos jurídicos documentados—del 1,5 por 100.

Teniendo en cuenta, por una parte, la situación de inseguridad jurídica originada por los pronunciamientos judiciales y, por otra, la modificación normativa efectuada por el Estado, se considera que concurre la circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad con el fin de aclarar los tipos impositivos aplicables aprobados por la Generalidad de Cataluña.

El Decreto ley contiene un artículo y una disposición final, de entrada en vigor, en la que se prevé una *vacatio legis* inferior a la ordinaria, atendiendo su excepcionalidad y urgencia.

Por todo ello, en uso de la autorización concedida en el artículo 64 del Estatuto de autonomía, a propuesta del vicepresidente del Gobierno y consejero de Economía y Hacienda y de acuerdo con el Gobierno,

Decreto:

Artículo único

Se suprimen las letras a) y d) del artículo 7 de la Ley 21/2001, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

Disposición final

Este Decreto ley entra en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

Por lo tanto, ordeno que todos los ciudadanos a los cuales sea de aplicación este Decreto ley cooperen en su cumplimiento y que los tribunales y las autoridades a los cuales corresponda lo hagan cumplir.



NOVEDADES AUTONÓMICAS

TEMAS FISCALES

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

TRIBUTOS OFICINAS LIQUIDADORAS

TEMAS FISCALES 6

El mal llamado "Impuesto sobre las hipotecas"

JOSÉ MANUEL TEJERIZO LÓPEZ. *Catedrático Emérito de Derecho Financiero y Tributario de la Facultad de Derecho.* 6

El mal llamado "Impuesto sobre las hipotecas"

JOSÉ MANUEL TEJERIZO LÓPEZ. *Catedrático Emérito de Derecho Financiero y Tributario de la Facultad de Derecho de Madrid.*

1. Introducción

En mi larga vida universitaria no había contemplado una polémica tan apasionada como la que han levantado las recientes sentencias del Tribunal Supremo (TS) sobre el Impuesto sobre actos jurídicos documentados que grava las primeras copias de las escrituras públicas de constitución de una hipoteca en garantía de un préstamo. Ha habido otras sentencias discutibles, no solo del TS sino también del Tribunal Constitucional (TC) o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), pero su repercusión, a pesar de la importancia social y económica que tuvieron en su día algunas de ellas, raramente traspasó el ámbito académico.

Lo acontecido en el último mes podría ser analizado con mucha más autoridad que yo por autores como el abogado del Estado ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE, los profesores JOSÉ LUIS MUÑOZ DEL CASTILLO y MARTA VILLARÍN, o el registrador de la propiedad JOSÉ MENÉNDEZ (solo por citar a algunos pertenecientes más o menos a mi generación o a la inmediata posterior).

Pero con su permiso tácito, y "robando" algunas de sus ideas aunque sea de memoria porque no he consultado recientemente sus obras, y aprovechando de que también en alguna ocasión también estudié el Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (en adelante, salvo que se cite completo, ITPYAJD)¹, me atrevo a redactar una líneas apresuradas sobre lo acontecido.

Para empezar, hay que hacer algunas precisiones (que servirán también para deshacer bastantes equívocos):

1. No nos encontramos ante un impuesto sobre las hipotecas (al menos, no lo es el que está siendo objeto de comentarios durante estos días), sino ante el impuesto que grava las primeras copias de las escrituras públicas en las que se formaliza una hipoteca. Dicho de otro modo,

no estamos hablando del Impuesto (que efectivamente existe en nuestro ordenamiento) sobre la constitución de una hipoteca, sino del que grava el documento en el que esta se formaliza.

2. El Impuesto en cuestión no se estableció en 1993, como se ha dicho de forma reiterada, sino que existe en España desde el siglo XIX. Lo que es cierto es que la norma vigente resulta ser, como veremos un poco más adelante, un Texto refundido aprobado, este sí, en 1993, y que desde entonces ha sufrido numerosas modificaciones, aunque ninguna que haya afectado a su estructura esencial.
3. El impuesto casi siempre fue satisfecho por los hipotecados, aunque en algunos momentos de su larga vida lo fue por los hipotecantes.
4. La hipoteca, como conoce cualquier estudiante de Derecho, es una obligación que se constituye sobre un bien inmueble para garantizar otra obligación principal (artículos 1857 y 1874 del Código Civil) y que, para convertirse en un derecho real, esto para poderse oponer frente a cualquiera, tiene que formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la propiedad (artículo 1875 del mismo Código).

Así pues, e insistimos en ello, de lo que se está hablando ahora es de la tributación de las escrituras públicas (documento notarial) de constitución de una hipoteca que garantiza un préstamo.

Acabo de señalar que el impuesto tiene una larga historia, por lo que no se puede entender si no se hace referencia a ella, aunque sea de modo casi telegráfico.

2. La situación en el año 1960

En el año 1960 existían tres impuestos que han terminado por dar lugar al actual ITPYAJD. Estos impuestos, con origen en el siglo XIX, eran los siguientes:

- a. El Impuesto de derechos reales y transmisiones de bienes, regulado por el Texto refundido (TR) de 21 de marzo de 1958,

¹ En el número 56 (año 1979) de la revista *Hacienda Pública Española*, editada por el Ministerio de Hacienda, publiqué el artículo titulado *Principios que informan el Impuesto de transmisiones patrimoniales*.

y por un Reglamento aprobado por Decreto 176/1959, de 15 de enero, que solo llegó a derogarse de manera definitiva nada menos que en el año 1991.

- b. El Impuesto del timbre del Estado, regulado por el TR aprobado por el Decreto 396/1960, de 3 de marzo.
- c. Y el Impuesto sobre grandezas, títulos nobiliarios, condecoraciones y honores, regulado por el TR aprobado por el Decreto 1453/1960, de 7 de julio, del que nos limitamos a hacer una simple mención porque, aunque algunos de sus hechos imposables siguen vigentes, no tiene interés alguno para nuestro análisis.

Todos estos impuestos reconocían muchas exenciones y bonificaciones, característica que han heredado todas las normas posteriores, y que es una de las causas de fondo que han provocado los problemas actuales. Se puede decir sin mucha exageración que de estos polvos proceden en alguna medida no menor los lodos de estos días.

Por simplificar, el **Impuesto sobre derechos reales y transmisiones de bienes** era, en realidad, un cajón de sastre en el que había terminado por “aterrizar” tributos de muy distinto origen y naturaleza. A saber, el Impuesto sobre sucesiones, el Impuesto sobre el caudal relicto, el Impuesto sobre transmisiones de bienes *inter vivos* (onerosas y gratuitas), el Impuesto sobre los bienes de las personas jurídicas y el Impuesto sobre el aumento de valor de las fincas rústicas y urbanas.

De todas estas figuras, solo nos interesa decir algo sobre el Impuesto sobre transmisiones de bienes. Entre otros supuestos, en el tributo se gravaba la constitución del derecho real de hipoteca y allí ya se contemplaba, de forma expresa, la concurrencia de la constitución de la hipoteca con un contrato de préstamo. Por lo que ahora nos afecta, las reglas contenidas en el TR de 1959 se pueden resumir del modo siguiente:

1. Cuando coincidían una hipoteca y un préstamo solo se gravaba la primera y no el segundo.
2. El sujeto pasivo era la persona en cuyo favor se constituía la hipoteca. Para entendernos, el banco si era el que había concedido un préstamo con la garantía hipotecaria.
3. La base imponible estaba constituida por el obligación o capital garantizado, comprendiendo e él las sumas que se asegurasen por intereses, indemnización, pena por incumplimiento u otro concepto análogo, y el tipo de gravamen era del 1,2 por ciento.

Y por lo que se refiere al **Impuesto sobre el timbre**:

1. Se gravaban todos los documentos, públicos o privados que constituyeran el soporte material de cualquier acto o negocio jurídico. Y, como era de esperar, entre ellos se encontraban mencionadas expresamente las escritura públicas de constitución de hipoteca.
2. Los sujetos pasivos del impuesto (*estarán directa y solidariamente obligados al pago*, decía literalmente la ley) eran quienes suscribieran o expidieran el documento

o realizasen el hecho sujeto a gravamen. Con esta redacción un tanto ambigua, no es aventurado afirmar que si en la escritura pública se formalizaba un préstamo hipotecario, quien terminaba pagando el impuesto era el hipotecado.

3. La base imponible estaba constituido por el capital garantizado, sin mayores añadidos.
4. Y el impuesto era doble. *Por una parte*, el primer pliego (dos folios) de la primera copias de las escrituras públicas de hipoteca se gravaban con un tipo gradual que oscilaba entre 3 pesetas para las de cuantía hasta 50.000 pesetas, y 150 pesetas para las que excedieran de cinco millones de pesetas. Y, *por otra*, un tipo fijo de 30 pesetas que recaía sobre los segundos y sucesivos pliegos. De las escrituras públicas.

Por resumir, en el año 1960, y por utilizar la terminología ahora en uso, cuando se constituía una hipoteca, por ejemplo de 50.000 pesetas, el cliente pagaba 228 pesetas por el primer pliego de la escritura pública y 3 pesetas más por el segundo y sucesivos pliegos. Y el banco, por su parte, pagaba el 1, 2 por ciento sobre la base que antes hemos mencionado (capital garantizado, intereses e indemnizaciones incluidas).

3. La ley de reforma del sistema tributario de 1964 y sus consecuencias

No voy a ponderar ahora la importancia que tuvo para el establecimiento de un sistema fiscal moderno en España la Ley 41/1964, de 11 de junio, de reforma del sistema tributario, precedida en medio año por la Ley General Tributaria de 1963 (vigente hasta 2004). Centenares de libros y artículos científicos han estudiado la Ley de 1964 desde todos los ángulos posibles, por lo que me sería casi imposible añadir ahora algo novedoso.

Por lo que se refiere a nuestro objeto de análisis, la Ley de 1964 creó, entre otras muchas, dos nuevas figuras tributarias:

1. El **Impuesto general sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados** (artículos 141 y siguientes), impuesto cuyo esquema fundamental, aunque con bastantes matices que destacaremos, ha subsistido hasta ahora.

Este Impuesto integró, aunque con modificaciones sustanciales, los antiguos impuestos sobre derechos reales y sobre transmisiones de bienes (solo las de carácter *inter vivos*), sobre aumento de valor de las fincas rústicas y urbanas, la mayor parte del impuesto sobre el timbre del Estado, y el que recaía sobre grandezas, títulos nobiliarios, honores y condecoraciones. Sus normas, junto con bastantes procedentes de los textos legales y reglamentarios anteriores, se refundieron en el Texto aprobado por el Decreto de 1018/1967, de 6 de abril, norma de rango legal que contenía también las normas de los Impuestos sobre

sucesiones y sobre los bienes de las personas jurídicas, a pesar de que la Ley de 1964 los configuraba y regulaba como tributos propios y definidos.

2. El **Impuesto general sobre el tráfico de las empresas** (ITE) (artículos 185 y siguientes). Sus normas, con algunas procedentes de los Impuestos sobre el timbre del Estado y general sobre el gasto, se refundieron en el Texto aprobado por el Decreto 3314/1966, de 29 de diciembre. En este impuesto se gravaban, por emplear un término general, todas las operaciones realizadas por los empresarios, tanto personas físicas como jurídicas.

Por lo que se refiere al **ITPYAJD** lo más relevante a destacar, para nuestro objeto de examen, se puede resumir del modo siguiente:

1. En el tributo se establecían las modalidades de *Impuesto sobre transmisiones patrimoniales inter vivos* (ITP) e *Impuesto sobre actos jurídicos documentados* (IAJD), distinción que todavía pervive.

El primero de los impuestos puede decirse que, en términos generales, era el heredero del Impuesto sobre derechos reales y transmisiones de bienes (solo por lo que afectaba a las de carácter *inter vivos*), y el segundo era el resultado de la unión, simplificación y limitación (porque muchos hechos imposables desaparecieron en el tránsito) de los Impuestos sobre sobre el timbre del Estado, y sobre grandezas, títulos, etc.

2. Ambas modalidades eran incompatibles, con una pequeña excepción que no empaña esta afirmación (la cuota fija exigida por cada pliego de la escritura públicas, con una cuantía de 5 pesetas), de tal modo que, cuando coincidieran, prevalecía el ITP sobre el IAJD, incluso en los casos en que el acto o negocio jurídico estuviera exento del primero.
3. El ITP gravaba, entre otros muchos otros actos o negocios jurídicos, la constitución de una hipoteca y el contrato de préstamo realizado entre particulares, mientras que el IAJD gravaba, también entre otros muchos supuestos, las primeras copias de las escrituras públicas de constitución de una hipoteca.
4. Cuando coincidían una hipoteca y un préstamo solo se gravaba el segundo y no el primero. Esto es, la regla vigente hasta 1964 se invirtió y así ha seguido hasta ahora (incluso, en parte, después del Real Decreto Ley del pasado día 8 de noviembre, del que daremos noticia más adelante).

El ITE gravaba, como hemos dicho, las operaciones realizadas por los empresarios, entre las que se encontraban citadas de modo expreso las operaciones de préstamo y crédito realizadas por las Entidades de crédito.

La base imponible estaba constituida por el importe del préstamo (solo en capital) y el tipo de gravamen estaba constituido por una escala de tipos graduales que comenzaba

en 3 pesetas para la parte del préstamo de hasta 5.000 pesetas y finalizaba con un tipo de 5.000 pesetas para la parte del préstamo superior a los 2 millones de pesetas.

Y, además, y esto es importante para nuestro análisis, el ITE era incompatible con el IAJD, del mismo modo que este tributo también lo era con el ITP.

Con estas precisiones podemos decir que la contratación de un préstamo con garantía hipotecaria provocaba las siguientes consecuencias:

- a) En el ITP solo estaba gravado el préstamo. Esto significaba que el sujeto pasivo era el prestatario.

A primera vista podría parecer que, con esto, el sujeto pasivo debía ser el cliente, y esto era así para los préstamos concertados entre particulares, pero no cuando préstamos eran concedidos por las Entidades de crédito, porque en este caso estaban sujetas el ITE. En definitiva, cuando estábamos ante este tipo de préstamos no se pagaba cuota alguna en el ITP, por lo que no nos interesa detenernos en examinar los elementos de la cuota tributaria (base imponible y tipo de gravamen).

- b) El prestamista, como acabamos de señalar, estaba gravado en el ITE con la escala que ya hemos citado.

Con esto, se puede apreciar la “revolución” que se produjo en la tributación de los préstamos realizados por los bancos con garantía hipotecaria. De estar gravado por los impuestos de derechos reales y transmisiones de bienes y timbre del Estado, se pasó a estar prácticamente excluido de ITPYAJD y solo sujeto al ITE (a cargo de los bancos).

Para el cliente, sujeto pasivo del primero de los impuestos, la disminución de tributación fue notable porque solo pagaba 5 pesetas por cada pliego de la escritura pública, lo que era una cantidad sensiblemente inferior a la que arrojaba la aplicación de los tipos graduales del Impuesto sobre el timbre del Estado.

Y para los bancos también disminuyó la tributación, porque los tipos graduales del ITE arrojaban normalmente una cantidad menor a la aplicación del tipo del 1,2 por ciento al capital de la hipoteca, según establecía, como hemos visto, el Impuesto sobre derechos reales y transmisiones de bienes.

Lo que debe quedar claro es que, de una manera o de otra, con mayores o menores cuotas, **desde el año 1967 hasta el Real Decreto Ley de hace unos días, es decir, durante más de medio siglo, el cliente siempre ha pagado el ITPYAJD.**

4. La reforma tributaria de la transición y sus consecuencias

A. Planteamiento

Es generalmente aceptado que la reforma tributaria que acompañó la transición democrática producida en España a finales

de los años 70 del pasado siglo se inició con la Ley 50/1077, de 14 de noviembre, de medidas urgentes de reforma fiscal. Sucesivamente, y durante algo más de una década, se fueron aprobado las leyes de los impuestos que conforman el esquema esencial de nuestro sistema tributario actual. Desde 1990 solo ha habido modificaciones, demasiadas y algunas de gran calado incluso en el ámbito en el que nos estamos moviendo pero, en general, es posible afirmar que el modelo tributario español actual es el mismo que el configurado entre 1977 y 1988.

No obstante, ya podemos adelantar que se desaprovechó la reforma tributaria para desligar de una vez por todas y de modo radical el gravamen sobre el préstamo cuando era realizado por empresarios, y el gravamen sobre el documento en que se formalizaba la garantía que acompañaba al negocio principal, sobre todo cuando la garantía era la constitución de la hipoteca. Esto hubiera sido lo correcto, teniendo en cuenta que los hechos imponible de ambos impuestos son completamente diferentes.

Pero desgraciadamente no sucedió eso, sino algo peor. El equilibrio tributario vigente desde 1964, es posible que discutible, pero equilibrio en todo caso, no solo no se mantuvo, sino que se fue progresivamente degradando, como vamos a ver de inmediato.

B. Los Textos refundidos del ITPYAJD de 1980 y 1993 y sus respectivos Reglamentos

Desde 1980, el ITPYAJD ha sido regulado dos veces, aunque siempre, como ya hemos señalado, se ha mantenido en esencia la estructura establecida por la Ley de reforma del sistema tributario de 1964.

Un repaso, necesariamente sumario, de lo sucedido en los 38 años transcurridos desde entonces pone de relieve que el status normativo que se había alcanzado con la reforma tributaria de 1964 se ha ido alterando cada vez más. Y siempre en perjuicio de prestatario. Los hitos a destacar han sido los que resumimos a continuación.

1. El **primero de ellos** se produjo como consecuencia de la aprobación de la Ley 32/1980, de 21 de junio. La ley era conscientemente incompleta, por lo que se previó la aprobación en seis meses de un Texto refundido. Por una vez se respetó el mandato del legislador (el retraso de solo nueve días pueden ser considerado “de cortesía”), y así se aprobó un Texto refundido por medio del Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre.

El Texto refundido de 1981 comportó desde el punto de vista sistemático unas modificaciones importantes:

- El Impuesto sobre las transmisiones patrimoniales gratuitas *inter vivos* (las donaciones, para entenderlos) pasó a formar parte del Impuesto sobre sucesiones.
- El Impuesto sobre transmisiones patrimoniales *inter vivos* se dividió en dos, el primero gravaba

las transmisiones patrimoniales onerosas y el segundo sometía a gravamen las operaciones societarias (constitución, ampliación y disminución de capital, disolución, etc.).

Como inciso, creo que, aunque en 1980 no formábamos parte del entonces Mercado Común, la aparición como figura tributaria con sustantividad propia del impuesto sobre operaciones societarias se debió a que existía una Directiva europea sobre la materia, la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, ahora sustituida por la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.

Para el objeto que nos ocupa, la modificación más importante fue que, si bien se ratificó la regla según la cual cuando coincidían una hipoteca y un préstamo solo se gravaba el segundo y no la primera, desapareció la incompatibilidad que existía entre el impuesto sobre el tráfico empresarial (ITE) y el AJD, lo que supuso que, desde entonces, el prestatario (el cliente, para entendernos), estuvo gravado en este último tributo. **Y esta situación se ha mantenido hasta la aprobación del Real Decreto Ley de 9 de noviembre pasado.**

En la práctica, esto se tradujo en que, en todos los préstamos concedidos por empresarios que fueran garantizados con una hipoteca, el prestamista siguió sujeto al ITE como hasta ese momento, pero el prestatario (el cliente en los préstamos bancarios) dejó de estar no sujeto a tributo alguno (salvo el que gravaba con una cuota fija los pliegos de las escrituras públicas), y se sometió al pago del IAJD con una cuota resultante de aplicar el 0,50 por ciento sobre una base constituida por el total garantizado, es decir, como ya hemos visto, el capital prestado, los intereses, las indemnizaciones, la penalidad por incumplimiento y cualquier otro concepto análogo y, si no constaba la cantidad asegurada, por el capital y tres años de intereses.

El Reglamento del ITPYAJD, aprobado por el Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, no dejaba lugar a dudas al respecto. En su artículo 18.1 se establecía:

“La constitución de préstamos garantizados con fianza, prenda, hipoteca y anticresis, tributarán sólo por el concepto de préstamo. En consecuencia, los expresados préstamos que hayan satisfecho el Impuesto por el concepto de Transmisiones Patrimoniales, no estarán sujetos a Actos Jurídicos Documentados.

Los que estén sujetos al Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas quedarán, sin embargo, gravados por el concepto de Actos Jurídicos Documentados en el artículo 42 cuando concurren los requisitos previstos en el mismo.”

Es evidente que el legislador no tuvo en cuenta la ruptura del equilibrio tributario alcanzado en 1964, y lo más grave del asunto es que no se encuentra rastro alguno (ni en la Exposición de motivos del TR ni en la tramitación parlamentaria)

de las razones por las que se alcanzó este resultado. Por ello, nos hemos quedado con la duda de si ello fue consciente o inconsciente.

2. El segundo acontecimiento que desequilibró aún más la tributación del prestamista y el prestatario en los contratos con garantía hipotecaria se produjo en 1986, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, que estableció el Impuesto sobre el valor añadido (IVA) como impuesto sobre el consumo que sustituyó al ITE.

En el artículo 8º.1. 18º,b) de la Ley del IVA se estableció la exención de:

“La concesión de créditos y préstamos en dinero, cualquiera que sea la condición del prestatario y la forma en que se instrumente, incluso mediante efectos financieros.”

Esto supuso, expresado en *román paladino*, que, mientras el prestamista dejó de estar sujeto a tributo alguno derivado de la realización del contrato de préstamo, el prestatario siguió sujeto el IAJD en los términos que hemos visto.

3. La aprobación de nuevos textos legales reguladores del IVA y del ITPYAJD a principios de los años 90 del pasado año no supuso cambio alguno en la situación existente hasta ese momento. Así:

- La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, mantuvo la exención de los préstamos [artículo 20.Uno,18º, c)].
- El Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprobó un nuevo Texto refundido del ITPYAJD mantuvo las dos reglas que hemos mencionado de forma reiterada; (1) que cuando la constitución de una hipoteca coincidiera con un préstamo, solo se pagaría el impuesto sobre este último concepto; y (2) que el IAJD documentados era incompatible con el ITP (y con el Impuesto sobre sucesiones y donaciones que en 1987 había conseguido por fin estar regulado por una ley propia), pero no con el IVA.

Estas reglas fueron confirmadas por el Reglamento del tributo aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo. En su artículo 25.1, todavía formalmente vigente, aunque ahora totalmente vacío de contenido, se establecía:

“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, cuando la constitución de la garantía sea simultánea con la concesión del préstamo o en el otorgamiento de éste estuviese prevista la posterior constitución de la garantía.”

Y, con más claridad aún, el artículo 68, al determinar el contribuyente en el IAJD, señalaba:

“Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.”

“Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.”

4. La Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, estableció en su Disposición adicional séptima la exención de los préstamos en el ITP, exención que por razones evidentes solo podía alcanzar a los realizados fuera de una actividad económica.

Con ello se terminó por romper definitivamente el equilibrio tributario de 1964, aunque hay que reconocer que la carga tributaria del prestatario en los contratos entre particulares mejoró algo porque pasó de satisfacer el ITP, con un tipo de gravamen del 2 por ciento, a pagar el 0,5 por ciento (salvo que la Comunidad Autónoma competente hubiera fijado otro) en concepto de IAJD.

5. La situación actual

En el periodo transcurrido desde el inicio de octubre y el 8 de noviembre de 2018, y lamento decirlo profundamente pero expreso lo que de verdad siento, los poderes públicos han hecho una *brutta figura* (como se dice en Italia) y, en particular, se han producido dos de las disfunciones que un grupo de Catedráticos de Derecho Financiero y Tributario, entre los que me encuentro, censurábamos en una declaración que suscribimos en Granada el día 18 de mayo de este mismo año, y que puede leerse en el número 179 (2018) de Civitas. Revista Española de Derecho Financiero.

1) Allí dijimos:

“Tampoco podemos de dejar de señalar que la legalidad tributaria se ha deteriorado por la asunción, sin apenas crítica, de funciones normativas por parte de los órganos jurisdiccionales, sobre todo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Con ello no hemos hecho otra cosa que acoger casi sin protestas un modelo de creación del Derecho de raíz anglosajona, completamente ajeno a nuestra tradición jurídica.”

En efecto, sin argumentos convincentes aunque, eso sí, muy prolijos, la Sección 2ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (TS), en las sentencias de 10, 16 y 22 de octubre de 2018 (JUR 2018\275887, RJ 2018\4082 y JUR 2018\283469), ha modificado una doctrina que, injusta o no, es la que se desprendía de lo dispuesto en las normas tributarias dictadas desde 1980, y que había sido confirmada por multitud de sentencias de la misma Sección y Sala: Por no hacer eterna la cita, se pueden mencionar en este sentido las sentencias de 22 de abril de 1988 (RJ 1988\3051) y de 25 de septiembre de 1989 (RJ 1989\6492).

Más aun, en el Auto del Tribunal Constitucional 24/2005, de 18 de enero, en el que se inadmitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad sobre la cuestión se puede leer (Fundamento de derecho tercero):

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

2) Y también en la Declaración manifestamos:

“... observamos perplejos el desvalimiento de la Ley en este campo. En los últimos años se ha ido consolidando la primacía del Poder Ejecutivo frente al Poder Legislativo, lo que se ha traducido en la asunción como ordinario de algo que no lo es, y que no debe serlo, como es la gobernación de la Hacienda Pública mediante el recurso reiterado a la figura del Decreto Ley (RDL).”

Pues bien, como es sabido, el día 8 de noviembre de 2018, el Gobierno aprobó el Real Decreto-Ley 17/2018, modificando el artículo 29 del Texto refundido del ITP de 1993, que ha quedado redactado así:

«Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

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

No niego que pueda ser más justo que el prestamista sea quien satisfaga el IAJD, porque en definitiva es quien resulta favorecido por la constitución de la hipoteca (esta es la opinión, por ejemplo de JOSÉ LUIS MUÑOZ DEL CASTILLO y de MARTA VILLARÍN), pero también nos hemos cansado de oír decir que no se debe legislar en caliente, y este es un ejemplo más de lo acertado de esta afirmación.

Sin poder entrar en un análisis detallado del precepto (no me cabe la menor duda de que lo harán muchos), y sin negar que la situación que existía era injusta (por dejación de los poderes públicos, no hay que olvidarlo), lo cierto es que plantea muchas dudas y deja algunos flancos al descubierto:

1. La Exposición de motivos está llena de citas de sentencias del Tribunal Constitucional, lo que suena a “excusatio non petita, etc.”. A pesar de las citas, no sé qué urgente y extrema necesidad ha existido para considerar que era menester modificar a través de un Real Decreto-Ley una norma que lleva vigente desde 1980, según creo haber demostrado en las líneas precedentes.
2. Deja si resolver el problema de los préstamos hipotecarios concedidos fuera del ámbito empresarial ¿Debe prevalecer el artículo 45.I. B), 15 del TR que, como hemos citado, declara exentos los préstamos, o el nuevo artículo 29, que es una norma posterior?
3. Aunque no sean tan frecuentes como los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de una vivienda, no son los únicos y posiblemente no los más importantes cuantitativamente (si tomamos por separado cada operación). También se conceden préstamos de este tipo para la financiación de proyectos empresariales ¿Green de verdad los poderes públicos que la Entidades de crédito no se replantearán las condiciones de las operaciones de financiación de proyectos empresariales, teniendo ahora que asumir un tributo que, en los proyectos más relevantes, pueden llegar a suponer millones de euros?
4. Se deja sin aclarar la situación de aquellos institutos jurídicos que cumplen la misma función que la hipoteca, como la condición resolutoria explícita pactada por el impago en las ventas con pago aplazado.
5. No se ha tenido en cuenta que el ITPYAJD está trufado de exenciones, muchas de ellas referidas precisamente a los préstamos hipotecarios. Estas exenciones son tanto de carácter subjetivo (por ejemplo, están exentas las operaciones de las cooperativas de crédito, de las cajas de ahorro y de las fundaciones bancarias), como de carácter objetivo (hasta ocho he contado en una lectura apresurada del artículo 45 del texto refundido).
6. Se está mencionando de forma crítica las exenciones subjetivas que existen el artículo 45.I.A) del Texto refundido ITP (Administraciones públicas, entidades sin fin lucrativo, Confesiones religiosas, Reales Academias, etc.). Bienvenida sea la crítica, pero esta no puede hacerse ignorando, consciente o inconscientemente, que estas exenciones ya existían en el año 1960, al comienzo, pues, de nuestro excursus histórico.
7. No responde a ninguna lógica tributaria que la cuota del IAJD no pueda deducirse como gasto en el Impuesto sobre sociedades ¿Por qué se discrimina este impuesto frente a cualesquiera otros que sí son gasto fiscalmente deducible ¿Qué característica especial tiene este tributo que no lo posean, por ejemplo, el IBI, el IAE, el IVA cuando sus cuotas no son deducibles, etc.? ¿Por qué no es gasto fiscalmente deducible en el Impuesto sobre sociedades, y sí lo es en el IRPF si el prestamista es un empresario individual? No se me alcanza la existencia de contestaciones plausibles a estas y a otras preguntas similares.

6. Conclusión

Al final de una película dirigida por los hermanos Cohen que se tituló en España “Quemar después de leer” y que trataba, en clave de comedia, el mundo del espionaje, el Director de la CIA pregunta a un alto directivo de la misma agencia ¿Qué hemos aprendido de todo esto? Ambos se quedan en silencio y con ello termina la película en cuestión.

Podemos hacer ahora una pregunta similar ¿Qué hemos aprendido de los episodios tan poco edificantes que se han producido en los últimos días en torno al Impuesto que grava las escrituras públicas en las que se documentan los préstamos hipotecarios?

Para mí la lección fundamental es que resulta muy peligroso, por las consecuencias colaterales que se pueden llegar a producir, modificar una pieza de nuestro sistema tributario sin analizar las consecuencias que pueden provocarse en otras piezas del mismo sistema y sin tomar las medidas oportunas para que ello no suceda.

No cabe la menor duda de que el Impuesto sobre actos jurídicos documentados debe ser objeto de una profunda revisión. Simplificando la cuestión quizá de modo excesivo, no hay más que dos caminos para ello, sin que ahora tenga elementos de juicio suficientes como para inclinarme por alguno de ellos:

1. Hacerlo desaparecer sin más. Esto es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en Alemania, sin que al parecer hayan sufrido un quebranto irreparable los ingresos tributarios de un país cuyo poder tributario tiene un grado de descentralización similar al nuestro.
2. Mantenerlo como sucede, por ejemplo, en Francia, Italia y Portugal. Además de no mermar las arcas de nuestras CC AA, podría servir para incrementar la seguridad jurídica en el tráfico económico. Ahora bien, si se opta por esta solución (que, en el fondo, no es otra cosa que restaurar el Impuesto sobre el timbre) debe alterarse de forma sustancial su regulación. Así, sin poder entrar en demasiados detalles, debería ampliarse su ámbito material de aplicación, incluyendo todo tipo de actos o negocios que formalicen en documentos privados, deben desaparecer la inmensa mayoría de las exenciones y bonificaciones (por no decir todas), y los tipos de gravamen (proporcionales o graduales, según los casos) deben ser muy moderados. El tipo de gravamen del 0,25 por ciento del Droit de timbre que existe en Francia para ciertos actos y negocios jurídicos con cuantía determinada puede ser un ejemplo a seguir.



NOVEDADES AUTÓNOMAS

TEMAS FISCALES

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

TRIBUTOS OFICINAS LIQUIDADORAS

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL	14
Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: Base imponible en la declaración de obra nueva	14
Impuesto sobre el Valor Añadido: Comunidades de propietarios para la construcción de edificios destinados a viviendas	15
Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: Derecho a aplicar la normativa de la Comunidad Autónoma correspondiente o la ley estatal. Plazo del ejercicio de la opción	18

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: Base imponible en la declaración de obra nueva

Resolución de 16 de octubre de 2018

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 9-04-2012, Rec. Cas. 95/2009), la base imponible de AJD en estos supuestos debe ser el coste de ejecución de la obra nueva, debiéndose valorar lo que realmente costó la ejecución de la obra, coincidiendo este concepto con la expresión de “coste real y efectivo de la construcción” que se utiliza por la Ley de haciendas locales en relación con la base imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Concurren los requisitos de competencia, cuantía, interposición en plazo y legitimación que son presupuesto para la admisión a trámite de la presente reclamación, de acuerdo a lo dispuesto en los **artículos 226 y siguientes de la Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, Ley General Tributaria** (en adelante, LGT) promovida contra acuerdo liquidatorio por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, ITP y AJD) dictado por la Subdirección General de Inspección de los Tributos de la Dirección General de Tributos y de Ordenación y Gestión del Juego de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid.

Segundo. En la Resolución de este TEAC de 14 de noviembre de 2013 (RG: 2914/2012), se recoge la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo constituida por la Sentencia de 9 de Abril de 2012 (Rec N° 95/2009) que confirma el criterio recogido en la Sentencia de 29 de Mayo de 2009 (Rec. Casación en Interés de la Ley N° 13/2008).

De acuerdo con esta jurisprudencia, la base imponible de AJD en estos supuestos debe ser el coste de ejecución de la obra nueva y que hay que valorar lo que realmente costó la ejecución de la obra, coincidiendo este concepto con la expresión de “coste real y efectivo de la construcción” que se utiliza por la Ley de Haciendas Locales en relación con la base imponible del ICIO.

Respecto de AJD, la Ley no especifica qué criterios o parámetros deben tenerse en cuenta a la hora de fijar el valor real, pero para el coste de ejecución material, y a efectos del ICIO, la Ley sí establece los que no deben integrarse en él. Ante el silencio de la ley y la previsión reglamentaria de que la base estará constituida por el valor real de coste de la obra, la doctrina mayoritaria se inclina por encontrar suficiente identidad de razón con la regulación del Impuesto sobre Construcciones (art. 102 Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo).

Así, y para el Tribunal Supremo, nada impide que la normativa del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras sirva para realizar una interpretación integradora de las insuficiencias de la normativa del ITP y AJD en relación con las escrituras de declaración de obra nueva. Y el art. 102.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, establece que *“la base imponible del impuesto está constituida por el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra, y se entiende por tal, a estos efectos, el coste de ejecución material de aquélla. No forman parte de la base imponible el Impuesto sobre el Valor Añadido y demás impuestos análogos propios de regímenes especiales, las tasas, precios públicos y demás prestaciones patrimoniales de carácter público local relacionadas, en su caso, con la construcción, instalación u obra, ni tampoco los honorarios de profesionales, el beneficio empresarial del contratista ni cualquier otro concepto que no integre, estrictamente, el coste de ejecución material”*.

Tercero. La segunda liquidación practicada por AJD a la reclamante, que es la ahora impugnada, intenta determinar ese coste de ejecución de la obra, y para ello acude al saldo contable de la partida “contratistas de obra”. Lo depura, considerando que está incluido un 6% de beneficio industrial.

Este Tribunal considera que la depuración que realiza la Inspección de la Comunidad de Madrid de la partida “contratistas de obra” es insuficiente a efectos de determinar el coste de ejecución de la obra, como alega la entidad reclamante, pues se limita a descontar un porcentaje arbitrario en concepto de beneficio industrial, porcentaje que no justifica, y además no tiene en cuenta otros gastos generales que le hayan podido repercutir los contratistas y que tampoco deben formar parte de la base imponible de AJD.

Pero, ante todo, se da la circunstancia en el presente expediente de que, con carácter previo a la práctica de esta segunda liquidación de AJD que ahora examinamos, fue dictada por el Ayuntamiento de Madrid una liquidación por el ICIO en la que se fijaba la base imponible del mismo en 237.576.311,72 €, base imponible inferior a la fijada por AJD. Esto choca frontalmente con los criterios de determinación de la base imponible de AJD que da el Tribunal Supremo, que considera que deben aplicarse los mismos criterios que en el ICIO.

Está de acuerdo este Tribunal en que la Comunidad de Madrid tiene la competencia para realizar la comprobación

y liquidación del AJD, y el Ayuntamiento de Madrid la competencia para realizar la comprobación y liquidación del ICIO. No obstante, una vez que el Tribunal Supremo, en AJD, establece la remisión a la normativa del ICIO para determinar la base imponible en AJD de las declaraciones de obra nueva, es difícil justificar por la Comunidad de Madrid un incremento de la base imponible de AJD de más de 20.000.000 de euros respecto de la considerada por el Ayuntamiento como base imponible del ICIO. Por ello, la determinación de una base superior a la previamente determinada para el ICIO requiere de una justificación, análisis y acreditación mucho mayor de la que hay en el presente caso, en la que se limita a tomar el saldo de la partida “contratistas de obra” y restar un 6% de beneficio industrial.

La existencia de la liquidación por ICIO ya fue puesta de manifiesto por la reclamante ante la Comunidad de Madrid. Ésta dice haber requerido el expediente de comprobación al Ayuntamiento, pero, pese a no haberlo conseguido por esta vía, no puede alegar la Comunidad su desconocimiento puesto que le ha sido aportado por la reclamante en sus alegaciones. En base a lo expuesto procede estimar la presente reclamación y anular la liquidación impugnada.

Por lo expuesto,

EL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL, EN SALA, en la Reclamación Económico-Administrativa promovida por X SA, , ACUERDA: estimarla, anulando el Acuerdo impugnado.

Impuesto sobre el Valor Añadido: Comunidades de propietarios para la construcción de edificios destinados a viviendas

Resolución de 19 de junio de 2018

La comunidad de bienes, en tanto que unidad económica susceptible de imposición diferenciada de sus propios miembros, adquirió la condición de sujeto pasivo al aportar el solar, construir los inmuebles, ordenar por cuenta propia los medios de producción, colocar en el mercado un nuevo producto (las viviendas los garajes y los locales), y generar así un valor añadido.

Por lo tanto debemos concluir que las operaciones realizadas por la comunidad de propietarios reclamante constituyen una actividad económica y otorgan a tal comunidad el carácter de empresario o profesional y de sujeto pasivo de acuerdo con la Ley del IVA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) es competente para conocer del recurso de alzada que se examina, que ha sido interpuesto en tiempo y forma por persona legitimada al efecto, de conformidad con

lo previsto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) y en desarrollo de la misma por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA), de aplicación a este procedimiento.

Segundo. En primer lugar, el reclamante alega que no existió entrega de ningún bien concreto, sino la transformación de una cuota ideal en una cuota concreta.

Debemos partir de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA) en la redacción vigente en los ejercicios regularizados por la Administración tributaria, en el que, bajo el epígrafe de "Concepto de entrega de bienes", se desglosan las operaciones que van a resultar gravadas:

"Uno. Se considerará entrega de bienes la transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales, incluso si se efectúa mediante cesión de títulos representativos de dichos bienes. (...)

Dos. También se considerarán entregas de bienes: (...)

2. Las aportaciones no dinerarias efectuadas por los sujetos pasivos del impuesto de elementos de su patrimonio empresarial o profesional a sociedades o comunidades de bienes o a cualquier otro tipo de entidades y las adjudicaciones de esta naturaleza en caso de liquidación o disolución total o parcial de aquéllas, sin perjuicio de la tributación que proceda con arreglo a las normas reguladoras de los conceptos actos jurídicos documentados y operaciones societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados."

Es cierto que el Tribunal Supremo (TS), vigente la Ley 30/1985, señalaba en la Sentencia de 23 de mayo de 1998, que en la disolución de la comunidad de bienes no se produce ningún acto traslativo ni verdadera transmisión de la propiedad, debido a la consideración de propietario que tiene el comunero tanto cuando se mantiene la indivisión como cuando pasa a ser adjudicatario a título de propietario de una parte del bien común. Ahora bien, también es cierto que, en nuestro caso, la comunidad ha realizado unas operaciones de transformación de la realidad, ya que en un primer momento los comuneros poseían una cuota ideal respecto de la titularidad que la comunidad poseía sobre los terrenos, y en último lugar y como consecuencia de la actividad de promoción de edificación y la concreción de las cuotas poseídas, cada uno de los comuneros pasa a ostentar la plena propiedad de una vivienda, garaje y trastero en dicha edificación.

No obstante este Tribunal visto el contenido del artículo 8 de la LIVA, apreciaba entre otras en su resolución nº 3472/2008 de fecha 11 de octubre de 2011 que en el apartado Uno se contiene el concepto general de entregas de bienes: *"la transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales"*. En relación con este precepto, este Tribunal sostenía que el concepto de transmisión a que se refiere la Directiva IVA comunitaria en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre volumen de negocios, es un concepto económico, no meramente jurídico, y es esta concepción económica la que alumbró la interpretación que de la Directiva IVA realiza

el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Para dicho Tribunal, someter la existencia de una entrega de bienes, que es uno de los tres hechos imposables del IVA, al cumplimiento de requisitos que varían en función del Derecho civil del Estado miembro de que se trate, podría comprometer la propia finalidad de la Sexta Directiva.

En la sentencia de 8 de febrero de 1990, recaída en el asunto C-320/88, Staatssecretaris van Financiën / Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV, el TJUE señalaba lo siguiente: *"el concepto de entrega de bienes no se refiere a la transmisión de la propiedad en las formas establecidas por el Derecho nacional aplicable, sino que se considera entrega de bienes la transmisión del poder de disposición sobre un bien corporal con las facultades atribuidas a su propietario, aunque no haya transmisión de la propiedad jurídica del bien."*

Por tanto, a juicio de este Tribunal la adjudicación de las viviendas, trasteros y plazas de garaje por parte de la comunidad de bienes, en favor de los comuneros de acuerdo con el título de participación de éstos, resulta perfectamente encuadrable en el supuesto de "entrega de bienes" previsto en el artículo 8.Dos.2 de la LIVA.

En los mismos términos, se ha pronunciado la Dirección General de Tributos (DGT) en contestaciones a varias consultas vinculantes (por todas, V1421-09, de 17 de junio de 2009; V2294-09, de 13 de octubre de 2009), en las que concluye que, una vez haya finalizado la construcción de la edificación promovida por la comunidad de bienes, la adjudicación a cada comunero del correspondiente inmueble constituirá una primera entrega sujeta y no exenta del IVA.

Pues bien, finalmente el TS resuelve en sentencia de 7 de marzo de 2018 (recurso de casación 1536/2017, promovido contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de septiembre de 2016), concluyendo lo siguiente:

«El artículo 8.Dos.2º LIVA, a la luz de la Directiva IVA y de la jurisprudencia del TJUE, debe ser interpretado en el sentido de que la adjudicación de bienes o cuotas de participación en ellos con ocasión de la disolución y liquidación de una comunidad de bienes que ha sido sujeto pasivo del IVA constituye una "entrega de bienes", a efectos de considerarla hecho imponible de dicho tributo y quedar sujeta al mismo, si la adquisición de tales bienes dio en su momento lugar a la deducción de las cuotas repercutidas»"

De conformidad con lo anteriormente expuesto, debemos declarar la existencia de una entrega y desestimar la pretensión del reclamante en este punto.

Tercero. No obstante, el caso analizado por el TS se refiere a una comunidad de bienes que realiza actividades económicas y en la que no existen dudas sobre su condición de sujeto pasivo del impuesto. Sin embargo en este caso, el reclamante considera que la comunidad de bienes no puede ser considerada como sujeto pasivo.

En el artículo 84 de la LIVA se dispone lo siguiente:

“Tres. Tienen la consideración de sujetos pasivos las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, careciendo de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, cuando realicen operaciones sujetas al Impuesto.”

De este último precepto se desprende que, para que la reclamante (comunidad de bienes) pueda tener la consideración de sujeto pasivo del IVA, debe realizar operaciones que constituyan hecho imponible del Impuesto, lo cual exige analizar si las operaciones realizadas en el ejercicio de la actividad de promoción inmobiliaria por la entidad, son o no operaciones sujetas al mismo.

Así las cosas, la sujeción se va a definir en la mayoría de los casos por la realización de actividades por empresarios o profesionales en los términos a que se refiere el artículo 4 de la LIVA, por lo que la sujeción va a derivar del carácter con el que se realiza la operación. Así son los sujetos descritos en el apartado Uno del artículo 5 los que realizan operaciones que constituyen hechos imponibles y que por ello quedan sujetas al Impuesto.

En el artículo 5 de la LIVA se dispone lo siguiente:

“Uno. A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se reputarán empresarios o profesionales:

- a) Las personas o entidades que realicen las actividades empresariales o profesionales definidas en el apartado siguiente de este artículo. (...)*
- d) Quienes efectúen la urbanización de terrenos o la promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones destinadas, en todos los casos, a su venta, adjudicación o cesión por cualquier título, aunque sea ocasionalmente. (...)*

Dos. Son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. (...)

A efectos de este impuesto, las actividades empresariales o profesionales se considerarán iniciadas desde el momento en que se realice la adquisición de bienes o servicios con la intención, confirmada por elementos objetivos, de destinarlos al desarrollo de tales actividades, incluso en los casos a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado anterior. Quienes realicen tales adquisiciones tendrán desde dicho momento la condición de empresarios o profesionales a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Tres. Se presumirá el ejercicio de actividades empresariales o profesionales:

- a) En los supuestos a que se refiere el artículo 3.º del Código de Comercio.*
- b) Cuando para la realización de las operaciones definidas en el artículo 4 de esta Ley se exija contribuir por el Impuesto sobre Actividades Económicas.”*

Por lo tanto es necesario atender a la finalidad que se persigue con la constitución de comunidades de bienes para la promoción de viviendas, dejando de lado el concreto vehículo jurídico empleado. En el caso que examinamos existe una intención de obtener un beneficio común, allegando los medios económicos de personas para desarrollar una actividad de promoción inmobiliaria de la que resulte un beneficio económico cuantitativo para cada uno de los comuneros, por lo que la comunidad ostenta la condición de empresario y de sujeto pasivo del impuesto.

En el mismo sentido se ha pronunciado la DGT que ha reconocido de forma reiterada la condición de empresario a las comunidades de bienes que promueven la construcción de edificaciones para adjudicárselas posteriormente a los comuneros, incluso aunque realicen estas operaciones ocasionalmente y aun cuando las edificaciones vayan a destinarse a vivienda propia por parte de aquéllos. Entre estas consultas se encuentran la consulta de 30 de junio de 1986; V1748-06, de 4 de septiembre; V0364-07, de 23 de febrero; V0960-08, de 13 de mayo; V0173-09, de 30 de enero; V1473-14, de 4 de junio; V3132-15, de 16 de octubre; y V0730-17, de 22 de marzo.

En este caso concreto, de los datos del expediente, se desprende que el solar se aportó con la intención de destinarlo a una actividad económica, intención confirmada por los siguientes elementos objetivos:

- En diligencia nº 2 de 27/11/2012 se hizo constar que la comunidad de propietarios se constituyó en escritura de fecha 03/10/2005, siendo los comuneros los propietarios en pro indiviso de un solar en Valencia, en calle X nº N. El compareciente manifestó que *“el objeto de la Comunidad fue la promoción de un edificio de viviendas, con viviendas, garajes, trasteros y locales comerciales, y para los propios comuneros.”*
- El obligado tributario se dio de alta en el epígrafe del IAE 833.2 PROMOCIÓN INMOBILIARIA DE EDIFICACIONES, en el censo de empresarios, profesionales y retenedores y presentó autoliquidaciones de IVA en todos los trimestres desde que se dio de alta en el censo, cumplió asimismo con la llevanza de los libros registro y obtuvo las licencias necesarias para la obra.
- En relación con las cuotas de IVA que se soportaron desde el momento en que se constituyó, éstas se dedujeron en todas sus autoliquidaciones trimestrales de IVA. En la autoliquidación correspondiente al 4T de 2010 consigna, con signo negativo, todo el IVA soportado y deducido en autoliquidaciones anteriores (en los ejercicios 2008, 2009 y 2010). Sin embargo, no hizo lo mismo con el IVA que soportó y dedujo en los años 2006 y 2007, años en los que solicitó y obtuvo la correspondiente devolución.

Pues bien, la comunidad de bienes, en tanto que unidad económica susceptible de imposición diferenciada de sus propios miembros, adquirió la condición de sujeto pasivo

al aportar el solar, construir los inmuebles, ordenar por cuenta propia los medios de producción, colocar en el mercado un nuevo producto (las viviendas los garajes y los locales), y generar así un valor añadido.

Por lo tanto debemos concluir que las operaciones realizadas por la Comunidad de Propietarios reclamante constituyen una actividad económica y otorgan a tal comunidad

el carácter de empresario o profesional y de sujeto pasivo de acuerdo con la Ley del IVA.

Por lo expuesto,

El TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL, en SALA, en el presente recurso de alzada, ACUERDA: Desestimarlo, confirmando la resolución impugnada y el acuerdo impugnados.

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: Derecho a aplicar la normativa de la Comunidad Autónoma correspondiente o la ley estatal. Plazo del ejercicio de la opción

Resolución de 16 de octubre de 2018

La Disposición Adicional 2ª del Impuesto sobre Sucesiones permite a los sujetos pasivos (a los que les sea aplicable la normativa estatal del Impuesto sobre Sucesiones) optar por la normativa autonómica en función de las reglas contenidas en dicha Disposición.

Si el obligado opta por una de ellas, no es posible un cambio de la opción ejercida una vez transcurrido el plazo reglamentario de declaración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Concurren los requisitos de competencia, legitimación, formulación en plazo y cuantía que son presupuesto para la admisión a trámite de la presente reclamación económica administrativa, donde la cuestión que se plantea consiste en determinar si procede o no la rectificación de la autoliquidación presentada.

Segundo. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014, en el asunto C-127/12, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto el 7 de marzo de 2012 con arreglo al artículo 258 TFUE señaló que *“el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 63 TFUE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992, al permitir que se establezcan diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste.”*

El legislador español considerando que procedía eliminar la discriminación causada al sujeto pasivo no residente pero no eliminar su tributación promulgó la Disposición

Adicional Segunda de la Ley 29/1987 introducida por la Disposición Final Tercera de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, de *“Adecuación de la normativa del Impuesto a lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2014 (asunto C-127), y regulación de la declaración liquidación de los contribuyentes que deban tributar a la Administración del Estado.”*

Conviene señalar que cuando el legislador adaptó la legislación interna al principio de no discriminación consagrado por la jurisprudencia del Tribunal europeo, pudo haber modificado las reglas contenidas en el art 32 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, (art 24 de la anterior Ley 21/2001) por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, cuyas reglas de aplicación de la normativa estatal a los sujetos pasivos no residentes o a los residentes con causantes no residentes, eran las que provocaban el trato discriminatorio. En vez de ello, el legislador mantuvo las mismas reglas generales de aplicación de la normativa estatal, si bien concediendo en la Disposición Adicional Segunda de la Ley el derecho a aplicar la normativa autonómica.

Esta norma, con efectos desde el 1 de enero de 2015, en su punto Uno.1, establece que la liquidación del impuesto aplicable a la adquisición de bienes y derechos por cualquier título lucrativo en los supuestos que se indican a continuación se ajustará a las siguientes reglas:

"a) En el caso de la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, si el causante hubiera sido residente en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, distinto de España, los contribuyentes tendrán derecho a la aplicación de la normativa propia aprobada por la Comunidad Autónoma en donde se encuentre el mayor valor de los bienes y derechos del caudal relicto situados en España. Si no hubiera ningún bien o derecho situado en España, se aplicará a cada sujeto pasivo la normativa de la Comunidad Autónoma en que resida".

En nuestro derecho tributario, siempre que el legislador concede al contribuyente la posibilidad de optar ante un mismo hecho imponible por dos normativas de aplicación del tributo distintas, nos encontramos ante el supuesto de la opción a la que se refiere el art 119 de la LGT. Por tanto, el derecho que concede la Disposición Adicional Segunda no es el derecho a aplicar un determinado beneficio fiscal contenido en una normativa tributaria concreta, sino el derecho a aplicar una u otra normativa de aplicación del tributo, (dualidad normativa que puede proceder de la propia ley del tributo o, como en este caso, de dos legislaciones distintas), lo que supone una opción que el legislador concede al obligado tributario.

En el presente expediente, conforme a lo señalado en el texto precedente, el sujeto pasivo podía haber optado por aplicar la normativa del Impuesto sobre Sucesiones aprobada a la fecha de devengo por la Comunidad Autónoma correspondiente o la Ley Estatal (Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones).

Tercero. A este respecto, el artículo 119.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria dispone: *"Las opciones que según la normativa tributaria se deban ejercitar, solicitar o renunciar con la presentación de una declaración no podrán rectificarse con posterioridad a ese momento, salvo que la rectificación se presente en el período reglamentario de declaración"*.

Dado que la Disposición Adicional 2ª de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y donaciones reconoce una opción a favor de los obligados tributarios no residentes entre dos regímenes tributarios posibles (el estatal y el autonómico) y ambos igualmente válidos. Si el obligado opta por uno de ellos, no es posible un cambio de la opción ejercida una vez transcurrido el plazo reglamentario de declaración.

Así, resulta procedente acudir a la normativa reguladora del propio Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para conocer cuál es ese plazo para presentar la correspondiente declaración tributaria. Es el artículo 67.1 RD 1629/1991, de 8 de Noviembre, Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones el que concreta que, en el caso de adquisiciones por causa de muerte, son *"(...) seis meses, contados desde el día del fallecimiento del causante"*. Por tanto, producido el fallecimiento el 22 de enero de 2014, el interesado tenía hasta el 22 de julio de 2014 para presentar los documentos a que estaba obligado. Por ello, la solicitud de rectificación de la autoliquidación presentada el 3 de junio de 2016 lo había sido una vez transcurrido el plazo legalmente concedido.

Por lo expuesto,

EL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL,
EN SALA, vista la reclamación económico administrativa,
ACUERDA: Desestimarla.



- NOVEDADES AUTONÓMICAS
- TEMAS FISCALES
- TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

TRIBUTOS OFICINAS LIQUIDADORAS

TRIBUNAL SUPREMO	21
Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados: Sujeto pasivo en las escrituras de préstamo hipotecario	21

TRIBUNAL SUPREMO

Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados: Sujeto pasivo en las escrituras de préstamo hipotecario

Dada la evolución de la fiscalidad del impuesto sobre actos jurídicos documentados, recogemos por orden de fecha los pronunciamientos jurisprudenciales y las modificaciones normativas producidas.

1. Sentencias del Tribunal Supremo de 9, 16, 22 y 23 de octubre de 2018

El Tribunal Supremo en varias sentencias dictaminó que quien debe abonar el impuesto sobre actos jurídicos documentados en las escrituras públicas de préstamo con garantía hipotecaria es la entidad prestamista, no quien recibe el préstamo.

Tiene en cuenta, para ello, que el negocio inscribible es la hipoteca y que el único interesado en la elevación a escritura pública y la ulterior inscripción de aquellos negocios es el prestamista, que solo mediante dicha inscripción podrá ejercitar la acción ejecutiva y privilegiada que deriva la hipoteca. La sentencia anula el artículo 68.2 del reglamento del impuesto (que establecía que el prestatario es el sujeto pasivo del impuesto).

Transcribimos los fundamentos de derecho y los votos particulares de la sentencia de 16 de octubre de 2018 a continuación.

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, 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 concorra 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 tributarán 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 517.2.4.º 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. *El espuesta 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. *Innecesaria 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.

FALLO

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 28/1995, 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.

VOTO PARTICULAR

CONCURRENTE 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 cohererse 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.

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. Dmitry 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 desgana 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 imponibles 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 acudir 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 definen 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 del 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 correspondiente a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero" (STS 1954/2014, de 30 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 su 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 entre 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.

2. Acuerdo del pleno de la Sala III de fecha 6 de noviembre de 2018

El Pleno de la Sala III acordó por 15 votos a 13 desestimar los recursos planteados y volver al criterio según el cual el sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en los préstamos hipotecarios es el prestatario. Sentencias aún no publicadas, a la fecha de edición de este Bit plus.

3. Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre de 2018

Se publica en el BOE el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que se transcribe a continuación.

I
El mercado hipotecario constituye un sector relevante de la economía española. Nuestro ordenamiento jurídico establece la elevación a escritura pública como elemento esencial del préstamo con garantía hipotecaria. Dicha elevación a escritura pública conlleva el devengo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados previsto en el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

El Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, disponía en el número 2

de su artículo 68 que el sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de documentos notariales, era el prestatario, cuando se tratase de escrituras de constitución de préstamo con garantía.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sus Sentencias 1505/2018, de 16 de octubre, 1523/2018, de 22 de octubre, y 1531/2018, de 23 de octubre, ha anulado el número 2 del artículo 68 del citado reglamento. Los efectos anulatorios de esta sentencia han provocado una situación de incertidumbre, que ha dado lugar a una reducción sustancial de actos de formalización de préstamos con garantía hipotecaria.

Con posterioridad, el 6 de noviembre de 2018, el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha acordado volver a hacer recaer sobre el prestatario la obligación del pago del impuesto.

Esta sucesión de acontecimientos ha generado una situación de inseguridad jurídica, que afecta al mercado hipotecario en su conjunto, y que es preciso abordar con carácter inmediato.

II

El escenario descrito constituye una situación de extraordinaria y urgente necesidad, que justifica una acción normativa del Gobierno al amparo del artículo 86.1 de la Constitución Española.

El requisito de la extraordinaria necesidad concurre por varias razones.

En primer lugar, la situación de incertidumbre generada por los hechos expuestos hace necesario fijar de modo preciso un marco jurídico que establezca las reglas de una actividad mercantil tan común como el contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Dicha necesidad se impone como una obligación al legislador, que no puede ser desatendida por su importancia esencial para el desenvolvimiento normal del tráfico hipotecario.

En segundo lugar, y en íntima conexión con la incertidumbre generadora de la extraordinaria necesidad, el Gobierno no puede desatender el mandato constitucional de garantizar a los ciudadanos sus derechos como consumidores, dentro de los que ha de entenderse el de contar con un marco jurídico estable y claro. Respecto al presupuesto habilitante de urgencia en la aprobación de este real decreto-ley, es inaplazable poner fin de manera inmediata a la incertidumbre e inseguridad jurídica generada por los hechos descritos. La indeterminación en que se encuentra el régimen jurídico aplicable ha causado una paralización en el mercado hipotecario, cuya importancia socioeconómica es innegable. Es preciso poner fin a dicha situación.

Esta urgencia conduce a la necesidad de tramitar esta norma como real decreto-ley, pues su finalidad es subvenir a una situación concreta que requiere una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes, máxime cuando la determinación de dicho procedimiento no depende del Gobierno (SSTC 6/1983, FJ 5; 11/2002, FJ 4; 137/2003, FJ 3; 189/2005, FJ 3; 68/2007, FJ 10; 137/2011, FJ 7).

A la urgente y extraordinaria necesidad que se acaba de justificar, ha de añadirse que concurren también las notas de excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad que exigen una acción normativa inmediata (SSTC 68/2007, FJ 10, y 137/2011, FJ 7). La excepcionalidad viene determinada por la situación que ha generado la sucesión de pronunciamientos judiciales diversos sobre la misma materia. La gravedad se deriva del gran número de factores, sujetos e intereses que se ven afectados por dicho régimen jurídico. En lo que se refiere a la relevancia, es palmaria la importancia cuantitativa y cualitativa que las hipotecas tienen en nuestro tráfico mercantil. Por último, la imprevisibilidad concurre por la imposibilidad de anticipar la sucesión reciente de cambios jurisprudenciales sobre esta materia.

III

El artículo 86 de la Constitución Española dispone que los reales decretos-leyes no pueden afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, entre los cuales se encuentra el deber de contribuir a los gastos públicos recogido en el artículo 31.1 del texto constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones que ello no excluye la posibilidad de utilizar el real decreto-ley para regular cuestiones tributarias, reconociendo incluso la posibilidad de utilizar este instrumento para crear ex novo obligaciones tributarias. Así, el Tribunal Constitucional ha afirmado que «Ningún óbice existe desde el punto de vista constitucional, en principio, para que a través de un decreto-ley se puedan establecer, modificar o derogar, prestaciones patrimoniales de carácter público, siempre que concurra una situación de extraordinaria urgencia que justifique el uso de este instrumento normativo y que, a través de él, no se afecte al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que establece el artículo 31.1 CE» (STC 73/2017, FJ 2).

En esta misma sentencia, el Tribunal Constitucional precisó que «cuando el artículo 86.1 CE excluye del ámbito del decreto-ley a los deberes consagrados en el título I de la Constitución, únicamente está impidiendo aquellas intervenciones o innovaciones normativas que afecten, no de cualquier manera, sino de forma relevante o sustancial, al deber constitucional de «todos» de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos». De esta forma, el criterio decisivo es su impacto sobre el reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes considerados en su conjunto. En efecto, el Tribunal Constitucional ha conectado de manera reiterada el deber de contribuir con el criterio de la capacidad económica, que está relacionado a su vez con el «conjunto del sistema tributario» y no con ninguna figura tributaria en particular (STC 182/1997, FJ 7, entre otras).

Por consiguiente, no cualquier intervención o innovación normativa en materia tributaria está vedada al real decreto-ley, sino que habrá que tener en cuenta, en cada caso, «en qué tributo concreto incide el Real Decreto-ley –constatando su naturaleza, estructura y la función que cumple dentro del conjunto del sistema tributario, así como el grado o medida en que interviene el principio de capacidad económica–, qué elementos del mismo –esenciales o no– resultan alterados por este excepcional modo de producción normativa y, en fin, cuál es la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate» (SSTC 182/1997, FJ 7; 189/2005, FJ 7; 83/2014, FJ 5; 73/2017, FJ 2).

La modificación normativa acometida a través del presente real decreto-ley afecta a un aspecto parcial de la regulación de un tributo en concreto (el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados), únicamente en una de sus modalidades (la relativa a documentos notariales, y sólo los correspondientes a préstamos con garantía hipotecaria). Se trata, así, de una modificación de alcance acotado, que afecta a un impuesto indirecto e instantáneo que grava una específica manifestación de capacidad

económica, y no a un tributo global sobre la renta o sobre el consumo. Por lo tanto, resulta plenamente aplicable la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias sobre el Impuesto Especial sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas (STC 108/2004) y sobre el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte (STC 137/2003). En dichas sentencias, el Tribunal Constitucional declaró que estos impuestos no constituyen «uno de los pilares básicos o estructurales de nuestro sistema tributario», por lo que su modificación parcial no repercute sensiblemente en el criterio de reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes. Además «dada su estructura y hecho imponible, a diferencia del impuesto sobre la renta de las personas físicas, tampoco puede afirmarse que a través del citado impuesto especial se personalice el reparto de la carga fiscal en nuestro sistema tributario según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad».

IV

Para poner fin de manera urgente a la situación jurídica de incertidumbre descrita, este real decreto-ley modifica los artículos 29 y 45 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. Se modifica el artículo 29 para determinar que el sujeto pasivo, cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, será el prestamista, estableciendo así una excepción a la regla general establecida en el párrafo primero del propio artículo 29. También se modifica el artículo 45 para que aquellos supuestos en los que el prestatario venga gozando de una exención subjetiva sigan quedando exceptuados de gravamen sin que se vean afectados por la reforma del artículo 29. Asimismo, en tanto no se revise con carácter general el régimen jurídico del Impuesto sobre Sociedades, se añade una Disposición Final Primera que realiza ajustes en dicho impuesto vinculados a lo regulado en este real decreto-ley.

Finalmente, cabe señalar que la modificación normativa se aplicará a aquellos hechos imponibles que se devenguen en adelante, es decir, a las escrituras públicas que se formalicen a partir de la entrada en vigor de la norma. Este real decreto-ley se dicta en virtud de las competencias exclusivas del Estado previstas en el artículo 149.1.14.^a de la Constitución Española.

Esta norma se ajusta a los principios de buena regulación contenidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en particular, a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

En el conjunto y en cada una de las medidas que se adoptan, concurren por su naturaleza y finalidad, las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 como presupuestos habilitantes para la aprobación de un real decreto-ley.

En su virtud, haciendo uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución Española, a propuesta de la Ministra de Hacienda, previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 8 de noviembre de 2018.

DISPONGO:

Artículo único Modificación del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

Se introducen las siguientes modificaciones en el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, aplicándose a los hechos imponibles devengados a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley.

Uno. Se modifica el artículo 29, que queda redactado como sigue:

«Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

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

Dos. Se añade un apartado 25 en el artículo 45.I.B) con la siguiente redacción:

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

Disposición derogatoria única Derogación normativa

Quedan derogadas cuantas disposiciones incluidas en normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en este real decreto-ley.

DISPOSICIONES FINALES

Disposición final primera Modificación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

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

«m) La deuda tributaria del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad Actos Jurídicos Documentados, documentos notariales, en los supuestos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 29 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.»

Disposición final segunda Título competencial

El presente real decreto-ley se dicta en virtud de las competencias exclusivas del Estado previstas en el artículo 149.1.14.^a de la Constitución Española.

Disposición final tercera Entrada en vigor

El presente real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

