

EL SUJETO PASIVO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS, TESTIGO DE UN CAMBIO DE CRITERIO HISTÓRICO EN EL TRIBUNAL SUPREMO

ENRIQUE MUÑOZ LERMA

Doctorando en Derecho. Universidad de Sevilla

Crónica Jurídica Hispalense 16-17 • Págs. 445 a 468

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE REFERENCIA A LA TRIBUTACIÓN DE LOS PRÉSTAMOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA. III. LAS RECIENTES SENTENCIAS DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE AFECTAN A LA IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO PASIVO EN AJD. 1. *Sentencia 1505/2018 de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2018, Rec. 5350/2017. Consideración del prestamista como sujeto pasivo.* 1.1. Criterios en los que se fundamenta la postura de la Sección Segunda. A. La garantía como único extremo inscribible. B. Determinación de la base imponible. C. Concepto de interesado y su relación con el artículo 29 del TRLITPAJD. 1.2. Anulación del artículo 68 del Reglamento. 1.3. Voto particular concurrente del Magistrado D. Nicolás Maurandi Guillén. 2. *La Sentencia 1669/2018 del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 27 noviembre de 2018, Rec. 5911/2017. Consideración del prestatario como sujeto pasivo de AJD.* IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Durante el último trimestre de 2018, la tributación de las hipotecas ha alcanzado un interés para los ciudadanos como posiblemente no lo haya hecho con anterioridad. El origen del debate ha sido la Sentencia 1505/2018, de 16 de octubre, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la cual, por primera vez, se fundamentaba que el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados (en adelante, "AJD") era el prestamista en lugar del prestatario.

En este punto cabe señalar que, por este concepto, se liquidan cuantías de cierta relevancia¹, que habían venido siendo pagadas en muchos casos por ciudadanos solicitantes de préstamos a entidades bancarias y que, tras el fallo, eran conscientes de las posibilidades de solicitar su devolución. De este modo, se puede imaginar la importancia derivada para consumidores y usuarios de la solución que se le diera al caso.

Así, atendiendo a lo expuesto por el Sindicato de Técnicos del Ministerio de Hacienda (en adelante, "GESTHA"), si se confirmaba que el sujeto pasivo en estos casos eran las entidades financieras, se estimaba que alrededor de un millón y medio de contribuyentes podrían reclamar la devolución de lo abonado en concepto de AJD a las agencias tributarias de las Comunidades Autónomas –lo que equivalía a 3.631 millones de euros, más sus respectivos intereses de demora-, teniendo en consideración, únicamente, los préstamos con garantía hipotecaria constituidos en los últimos cuatro años. A su vez, si no nos atuviéramos solo al plazo barajado de cuatro años de prescripción, casi trece millones y medio de hipotecados antes de septiembre de 2014, podrían solicitar a las entidades bancarias con las que hubiesen firmado tales préstamos en torno a 25.657 millones de euros, junto con sus respectivos intereses².

Estimación del impacto por CCAA realizada por GETHSA³

Impuesto Actos Jurídicos Documentados	octubre 2014 a julio 2018 (*)		enero 2003 a septiembre 2014	
	total deudores	Importe total (millones €)	total deudores	Importe total (millones €)
Andalucía	292.970	743	2.686.425	5.072
Aragón	47.164	116	376.465	806
Asturias	30.066	58	253.555	477
Baleares	52.736	178	399.354	823
Cantabria	18.017	44	185.468	376
Cataluña	235.223	832	2.107.236	5.156
Castilla La Mancha	59.681	130	606.953	1.119
Castilla y León	68.466	160	678.927	1.249
Extremadura	28.274	58	229.258	366

1. Así, en Andalucía, conforme al artículo 39 del Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2018, de 19 de junio, actualmente el tipo de gravamen general para los documentos notariales asciende al 1,5%, el cual se aplica a la base imponible, identificada en este caso con el capital garantizado por la hipoteca, comprendiendo, a su vez, las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante "TRLITPAJD"), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

2. <http://www.gestha.es/index.php?seccion=actualidad&num=562>

3. Últimos datos a julio de 2018. Fuente: Técnicos del Ministerio de Hacienda (Gestha) a partir de datos del INE, Colegio de Registradores y Recaudación tributaria de las CC.AA.

Impuesto Actos Jurídicos Documentados	octubre 2014 a julio 2018 (*)		enero 2003 a septiembre 2014	
	total deudores	Importe total (millones €)	total deudores	Importe total (millones €)
Galicia	63.222	146	575.403	536
Canarias	73.210	91	677.940	867
Madrid	266.992	604	1.581.181	4.446
Murcia	43.962	91	536.162	913
Navarra	21.706	0	145.241	78
La Rioja	11.800	16	112.346	217
Comunidad Valenciana	163.490	361	1.768.666	3.145
Ceuta	1.736	1	12.544	6
Melilla	2.544	1	13.079	6
Total Nacional	1.564.424	3.631	13.443.257	25.657

II. BREVE REFERENCIA A LA TRIBUTACIÓN DE LOS PRÉSTAMOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA

En lo que se refiere a la operación de préstamo con garantía hipotecaria, conviene que empecemos aclarando a cuál o cuáles de los impuestos potencialmente implicados –Impuesto sobre el valor añadido (en adelante, "IVA"⁴), o Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, "ITPAJD"⁵)– corresponde el gravamen de la misma.

El IVA, conforme a lo establecido en el artículo 1 de la LIVA, es un tributo que posee una naturaleza indirecta y que recae sobre el consumo. Este impuesto grava, entre otras operaciones, las entregas de bienes y prestaciones de servicios que lleven a cabo empresarios o profesionales. Por su parte, como indica el artículo 1 del TRLITPAJD, el ITPAJD se identifica, igualmente, como un tributo de carácter indirecto. Este último impuesto presenta tres modalidades de gravamen –concepto utilizado por el propio artículo 45 del TRLITPAJD–, las cuales son: transmisiones patrimoniales onerosas (en adelante, "TPO"), operaciones societarias y actos jurídicos documentados.

En la alternativa existente entre la sujeción a IVA o a TPO, hay que señalar que, cuando nos encontremos con un préstamo garantizado con hipoteca, para determinar el tributo que resultará de aplicación en cada caso, habría que identificar la naturaleza del prestamista. Así pues, si nos hallamos ante un empresario o profesional que otorga el préstamo en el ejercicio de su actividad, la operación quedaría sujeta a IVA, aunque

4. En virtud del artículo 11. Dos 12.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, "LIVA").

5. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.1.B) del TRLITPAJD.

exenta. Por su parte, en el supuesto de que el prestamista se identifique con un particular, la operación se entendería, en principio, sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en concreto a TPO, aunque al existir una garantía inscribible, resultaría imposible su tributación por dicha modalidad, dada la incompatibilidad de esta con la cuota variable de AJD, regulada en el artículo 31.2 del TRLITPAJD.

Considerando lo anterior, cabe destacar que, en la mayoría de casos, el prestamista se identifica con una persona jurídica, normalmente una entidad financiera, lo que provocaría la sujeción –y correspondiente exención, en virtud del artículo 20.1.18.º de la LIVA– de la operación a IVA⁶.

Se debe señalar en este punto que, cuando una operación queda sujeta a IVA, provoca, en relación al ITPAJD, que la operación no podrá gravarse por la modalidad TPO (salvo los casos de entregas y arrendamientos de inmuebles, así como la constitución y transmisión de derechos reales de uso y disfrute)⁷. Al mismo tiempo, conviene apuntar que no existe incompatibilidad alguna de la sujeción a IVA con la sujeción a la cuota variable de la modalidad de AJD, regulada en el artículo 31.2 del TRLITPAJD, ni tampoco, claro está, a la cuota fija de AJD, que es compatible tanto con IVA como con la modalidad de TPO.

Expuesto lo anterior, conviene explicar brevemente la tributación por la modalidad de AJD de este tipo de préstamos garantizados, en los que el prestamista es un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad.

Para empezar, el artículo 27 del TRLITPAJD enumera los documentos que se someterán a su tributación. De este modo, conforme a su dicción literal, tales documentos se identifican con: documentos notariales, documentos mercantiles y documentos administrativos.

Al mismo tiempo, como ya ha quedado apuntado y se establece en el artículo 31 del TRLITPAJD, la imposición de los documentos notariales está integrada por dos cuotas diferentes.

Por un lado, existe una cuota de carácter fijo que afecta a las matrices, copias de las escrituras y actas notariales, así como a los testimonios, sin diferenciar los actos contenidos en las mismas.

A su vez, existe una cuota de tipo gradual –que ya hemos identificado como cuota variable– que grava primeras copias de escrituras y actas notariales que contengan una cantidad o un bien que pueda ser valorable; que sean inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles; y que no estén gravadas por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, “ISD”) y por las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas u operaciones societarias.

Atendiendo a lo anterior, se puede apreciar cómo la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria cumpliría con los requisitos exigidos para la tributación por

6. M. SANTOLAYA BLAY, “Fiscalidad indirecta de los préstamos hipotecarios”, *Carta Tributaria – Monografías*, 15 (2011).

7. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.5 del TRLITPAJD y el artículo 4 de la LIVA.

cuota gradual de la modalidad de AJD, recogidos, como se apuntó anteriormente, en el artículo 31 del TRLITPAJD, ya que la hipoteca, además de recogerse junto con el préstamo en un documento notarial, es valorable y susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Interesa también mencionar que, entre las dos cuotas anteriormente señaladas, la variable es la que provoca una mayor recaudación y conlleva una carga económica relevante⁸ sobre los contribuyentes. Lo anterior se debe a que esta última cuota grava el valor real de los actos, negocios u operaciones contenidos en el documento notarial a un tipo determinado por las comunidades autónomas, o en caso de que alguna de ellas no lo hubiese aprobado, al tipo del 0,5 por ciento. Por su parte, la cuota fija, como así se recoge en el artículo 31.1 del TRLITPAJD, obliga a abonar “0,30 euros por pliego o 0,15 euros por folio, a elección del fedatario” del papel timbrado en el que se extiendan los testimonios, las matrices y copias de escrituras y las actas notariales.

En resumen y considerando todo lo expuesto, podemos concluir que un préstamo con garantía hipotecaria que se conceda por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad, no estará sujeto a la modalidad de TPO del ITPAJD, pues quedaría sujeto y exento a IVA con base en la naturaleza del prestamista. Sin embargo, si quedará sujeto a las cuotas fija y variable de los documentos notariales de la modalidad de AJD.

III. LAS RECIENTES SENTENCIAS DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE AFECTAN A LA IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO PASIVO EN AJD

En primer lugar, debemos hacer mención al cambio de criterio que fue seguido por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que consideró al prestamista como sujeto pasivo. En el presente trabajo se comenta únicamente la Sentencia del Tribunal Supremo número 1505/2018, de 16 de octubre, a pesar de que existen dos Sentencias del Tribunal Supremo más –Sentencia número 1531/2018, de 22 de octubre y Sentencia número 1523/2018, de 23 de octubre– que se refieren al mismo caso y recurrente y que son prácticamente idénticas en cuanto a contenido.

Posteriormente, se analizará el cambio de criterio seguido por Pleno de la misma Sala del Tribunal Supremo, que consideró que el sujeto pasivo en AJD era el prestatario, como así se había entendido tradicionalmente. Ello se produjo al resolver otros tres asuntos con contenido sustancialmente idéntico –partes, cuestiones planteadas y fundamentación tanto judicial como administrativa– respecto a los indicados en el anterior párrafo. Igualmente, solo se hace referencia en este trabajo a la Sentencia 1669/2018, de 27 de noviembre.

8. J. J. PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, “Modalidad de Actos Jurídicos Documentados: subconceptos”, *Carta tributaria. Revista de Opinión*, 10 (2016), págs. 44-48.

1. SENTENCIA 1505/2018 DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE OCTUBRE DE 2018, REC. 5350/2017. CONSIDERACIÓN DEL PRESTAMISTA COMO SUJETO PASIVO

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de octubre de 2018 resuelve en casación dos cuestiones planteadas, siendo únicamente una de las mismas la que ha derivado en la problemática actual y en el interés social que ha terminado suscitando el asunto.

Por un lado, el recurrente sostenía la procedencia de la exención contenida en el artículo 45.I.B.12 del texto refundido del TRLITPAJD. En el citado apartado se regulan determinados incentivos fiscales aplicables a ciertas operaciones cuya nota común es que afectan a viviendas de protección oficial y, precisamente por considerar que los inmuebles no tenían esa característica, la exención le había sido denegada por la Inspección de Tributos de la Comunidad de Madrid e igualmente, a través de resolución de reclamación económico-administrativa, por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad de Madrid.

Por otro, la misma parte solicitaba la nulidad de la liquidación en concepto de AJD, al no considerarse el prestatario sujeto pasivo del tributo, pese a haber llevado a cabo la liquidación del impuesto asumiendo tal condición. Esta alegación fue introducida por primera vez en el recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Dada su importancia, consideramos centrar el presente comentario en lo que afecta únicamente a esta última alegación, que ha sido la que ha acaparado el debate y provocó la convocatoria del Pleno del Tribunal Supremo.

En relación a este punto, el Tribunal Supremo recoge la sujeción de la operación a la modalidad de documentos notariales, en virtud de los aspectos esenciales del documento en el que se constituye la garantía hipotecaria, estos son: (i) el formal, que se identifica con la escritura misma y (ii) el material, que se corresponde con el acto o negocio jurídico que se pretende documentar.

En el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo parte de la consideración del préstamo con garantía hipotecaria que se documenta en escritura notarial, como una unidad a efectos tributarios, justificando lo anterior en el artículo 31 del TRLITPAJD —en realidad refiriéndose al artículo 30.1—, pues cuando la norma regula la base imponible, se refiere, entre otros extremos, específicamente al supuesto de *“escrituras que documenten préstamos con garantía”*.

Igualmente reconoce que, en dicho concepto de unidad tributaria, se incluye un contrato traslativo de dominio —el préstamo en sí mismo— y un negocio jurídico accesorio, identificado con la garantía establecida en cumplimiento del préstamo. Estos elementos que componen el concepto resultan igualmente utilizados para considerar al adquirente en la operación, que a juicio del Tribunal podría identificarse: (i) con el prestatario, como consecuencia de la suma que se le entrega, (ii) con el prestamista, como beneficiario de la garantía que se constituye. A raíz de lo anterior ya se puede

empezar a confirmar la especial complejidad existente en este tipo de transacciones, en las cuales se pueden identificar, con cierta facilidad a nuestro entender, dos operaciones que desprenden beneficios notoriamente distintos, como son el préstamo y la garantía hipotecaria.

Al mismo tiempo, se hace referencia a los argumentos esgrimidos tradicionalmente por la jurisprudencia que sirvieron para justificar hasta la fecha, que el sujeto pasivo de la cuota variable de AJD se identificaba con el prestatario.

De este modo, se pueden observar las fundamentaciones más relevantes señaladas por la jurisprudencia anterior, como son: (i) la naturaleza accesoria de la garantía, que provocaría que la interpretación de la norma se hiciese con remisión a lo estipulado para el préstamo, al ser esta última la operación principal, (ii) lo dispuesto por el TRLITPAJD en su artículo 15, que en sede de la modalidad de TPO, especifica que la constitución de los derechos de hipoteca para garantizar un préstamo tributarán exclusivamente en concepto de préstamo y, finalmente, (iii) lo dispuesto en el artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, el *“Reglamento”*), aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo. Este último artículo antes de su anulación estipulaba que *“cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”*.

A pesar de reconocer la solidez de muchos de los argumentos que había sostenido hasta el momento la jurisprudencia para defender que el sujeto pasivo era el prestatario, la Sala concluye que el obligado al pago del tributo se identifica con el prestamista, amparándose en la idea de que este último se concibe como el *“sujeto en cuyo interés se documenta en instrumento público el préstamo que ha concedido y la hipoteca que se ha constituido en garantía de devolución”*.

Tras lo expuesto, el Tribunal Supremo justifica su postura atendiendo (i) al requisito de la inscripción, (ii) a la configuración normativa de la base imponible y (iii) a la literalidad del artículo 29 del TRLITPAJD, puntos que consideramos que se deben analizar de manera pormenorizada.

1.1. Criterios en los que se fundamenta la postura de la Sección Segunda

A. La garantía como único extremo inscribible

En su Sentencia, la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo justifica el papel relevante que juega el requisito de la inscripción alegando distintos extremos. Para empezar, y como igualmente ya ha sido apuntado, se deja constancia de que, únicamente, resulta exigible la cuota variable de AJD en aquellos casos en los que el acto que contiene la escritura pública resulta ser inscribible en alguno de los registros enumerados en el artículo 31.2 del TRLITPAJD.

Atendiendo a lo anterior, defiende que el negocio principal a efectos tributarios resulta ser la hipoteca, pues como consecuencia de ella se produce el devengo de AJD. En particular señala:

“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 conditio 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”.

Para analizar el requisito de la inscripción, entendemos que se debe partir de la idea de que, atendiendo al artículo 145 de la Ley Hipotecaria y a los artículos 1280 y 1875 del Código Civil, con el fin de que la hipoteca se constituya, resulta necesario, por un lado, (i) elevar a público el acuerdo de su constitución y, por otro, (ii) su inscripción en el Registro de la Propiedad. De esta forma, la hipoteca –como apunta el propio Tribunal Supremo en su Sentencia– se concibe como un derecho real de constitución registral. Por su parte, cabe destacar que el préstamo, por sí mismo, no sería inscribible en dicho Registro⁹. De esta forma, es la hipoteca que lo garantiza lo que posibilita su acceso.

Todo ello se debe poner en relación con los requisitos que el TRLITPAJD establece para que un documento notarial quede sujeto a la cuota gradual de AJD, siendo en este caso la inscripción uno de ellos¹⁰.

De esta manera, a la vista de lo expuesto, no resulta un dislate concluir que, con independencia de que civilmente la garantía hipotecaria sea un extremo accesorio, en términos estrictamente tributarios, para que se cumpla con el supuesto de hecho de la cuota gradual de AJD, el elemento principal, imprescindible o más bien de referencia, resulta ser, en estos casos, la existencia de la hipoteca, que es el único extremo que provoca la inscripción.

Sin embargo, habría que tener en cuenta si resulta coherente la consideración exclusiva de la garantía –que provoca el cumplimiento del supuesto de hecho de la cuota gradual de AJD– para determinar también el sujeto pasivo del tributo, dejando por tanto de lado la verdadera naturaleza del contrato.

En este punto cobran especial relevancia dos preceptos contenidos en el título preliminar del TRLITPAJD. Por un lado, el artículo 2, que establece que el tributo se exigirá “considerando la verdadera naturaleza del acto o contrato liquidable” y, por otro, el artículo 3, el cual señala que “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”.

Lo dispuesto en los citados artículos puede llevar a la conclusión de que no se le puede otorgar, a la hora de interpretar la Ley, una supremacía al requisito de la

9. En este sentido, DGRN Resolución de 5 abril 1983. RJ 1983\2265.

10. Así se establece en el artículo 31.2 del TRLITPAJD.

inscripción, si se considera que el negocio principal en este supuesto es el préstamo. Lo anterior se puede a su vez motivar con el artículo 15 del TRLITPAJD, precepto que, aún en el capítulo referido exclusivamente a TPO, establece que la constitución de derechos de hipoteca en garantía de un préstamo tributa, exclusivamente, por el concepto de préstamo.

Resulta conveniente reflejar que la Sala Tercera del Tribunal Supremo¹¹ ya había defendido anteriormente que el derecho derivado del documento notarial es el préstamo, aunque medie la existencia de una garantía y sea la inscripción de esta última en el Registro de la Propiedad lo que la posibilite. A su vez, había apuntado que la exigencia de la inscripción en el Registro de la Propiedad que lleva a cabo la Ley, se refiere indisolublemente tanto al préstamo como a la hipoteca.

Para justificar lo expuesto se puede hacer mención, a modo de ejemplo, a la conexión inescindible que se produce entre ambos –préstamo y garantía– apreciable en el hecho de que el préstamo deba acceder necesariamente a la escritura pública en el acto de constitución de la hipoteca, aun cuando este sea posterior a la constitución del préstamo¹².

En el mismo sentido, el Tribunal Económico-Administrativo Central¹³ ya indicó, que como consecuencia de la identificación de la garantía como un accesorio del préstamo, lo que realmente se inscribe en el Registro de la Propiedad es el préstamo con garantía hipotecaria, en lugar de un derecho adquirido independiente que no tenga en cuenta otra relación. Igualmente, en su voto particular a la presente Sentencia, el Magistrado D. Dimitry Berberoff no acepta que la consideración de la hipoteca como un derecho real de constitución registral la convierta, a efectos tributarios, en el negocio principal.

A pesar de estos argumentos, muchos autores han seguido defendiendo desde antaño los efectos en la determinación del sujeto pasivo derivados de la inscripción de la garantía¹⁴.

Considerando todo lo anterior, nos parece que, a pesar de que civilmente existan motivos suficientes para ponderar la existencia del préstamo en mayor medida que la garantía hipotecaria, los argumentos indicados por la Sección Segunda resultarían del todo coherentes y llevarían a dotar a la garantía hipotecaria de tal importancia que ello debería afectar a la interpretación de los conceptos tributarios. A su vez, parece razonable que el sujeto pasivo se debiera configurar como el elemento subjetivo del hecho imponible, lo que en este caso favorecería la consideración del prestamista como tal.

11. En la Sentencia de 17 de noviembre de 2001, Recurso 2194/1996.

12. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 04 de mayo de 2011, Recurso 1075/2008.

13. TEAC de 28 de abril de 2004, N.º Resolución: 00/4122/2003.

14. J.L. GARCÍA GIL y F.J. GARCÍA GIL, *Tratado del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Dijusa, Madrid, 2001, págs. 407-408. Los autores han indicado que “si el documento notarial se grava porque contiene un acto jurídico inscribible en el Registro de la Propiedad, que resulta ser la hipoteca, no el préstamo, habrá que determinar quién es el beneficiario de la garantía o la persona en cuyo interés se formaliza, y en este orden de ideas no cabe duda de que resulta ser el acreedor hipotecario, esto es, el prestamista”.

otorga la constitución de la garantía, hecho que, sin embargo, podría cuestionarse en relación al prestatario¹⁶.

Es más, si como consecuencia del préstamo se apreciase que exclusivamente fuera el prestatario quien ha aumentado su capacidad económica, creemos que la base imponible del impuesto debería corresponderse exclusivamente con el importe del préstamo¹⁷, cosa que claramente no sucede según el artículo 30.1 del TRLITPAJD.

C. Concepto de interesado y su relación con el artículo 29 del TRLITPAJD

Finalmente, como tercer y último argumento para la justificación de que el sujeto pasivo se corresponda con el prestamista, se señalaba lo dispuesto en el artículo 29 del TRLITPAJD¹⁸.

Para empezar, la Sección Segunda interpreta que la expresión "en su defecto" contenida en el precepto queda referida a dos casos. Por un lado, a aquellos supuestos en los que no se pueda identificar un adquirente y, por otro, aquellos en los que, aun pudiéndose, no se haga con precisión.

Ello resultaría relevante en el presente supuesto pues, según su entender, en el presente caso sería sumamente complejo la identificación del adquirente, lo que provocaría omitir el análisis de esta figura y acudir al concepto de interesado, o al sujeto que inste o solicite el documento notarial.

Igualmente, para reforzar la posibilidad de acudir al concepto de "interesado" se indica que si el legislador no concretó quien ostentaba la consideración de adquirente en este supuesto específico –como sí hace el TRLITPAJD a la hora de regular la modalidad de TPO– era 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".

En lo que se refiere al adquirente, algunos autores¹⁹ han apuntado que dicha figura únicamente aparece en los supuestos en los que exista una transmisión de

16. A. AGÜERO ORTIZ, "Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la sts de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos)", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 20 (2016), págs. 8-36. La autora ha apuntado que "la base imponible del impuesto no es el importe del préstamo sino el importe de responsabilidad hipotecaria, por lo que, de acuerdo con el art. 31.1 CE no podría sostenerse que el importe de responsabilidad hipotecaria responda a la capacidad económica del contribuyente-prestatario".

17. A. AGÜERO ORTIZ, "Nulidad de la cláusula...", art. cit.

18. En este artículo simplemente se establecía, antes de la modificación introducida por el artículo único del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, (en vigor a partir del diez de noviembre de 2018 y aplicándose a los hechos imposables devengados a partir de esa fecha), que "será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan".

19. R. CASERO BARRÓN, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, sección 2.ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Recurso 158/2002. Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos notariales. Especial mención de quien es sujeto pasivo en los

un bien o derecho. Por el contrario, no se apreciaría adquirente alguno cuando nos encontremos ante un préstamo con garantía hipotecaria, al no existir la referida transmisión, ya que la hipoteca únicamente se constituye, pero no se transmite.

A mayor abundamiento, entendemos que de apreciarse la adquisición de algún derecho, este sería aquel que pudiera obtener el prestamista como consecuencia de la constitución del derecho real, lo que le convertiría en adquirente y, por ello, en sujeto pasivo. De hecho, existen autores que no dudan en apuntar que cuando existe un préstamo con garantía hipotecaria, el adquirente del derecho es, claramente, el acreedor garantizado²⁰.

Volviendo al contenido de la Sentencia, en lo referente al concepto de "interés" se indica que el único sujeto que lo ostenta, respecto al documento que incluye la garantía hipotecaria, es el prestamista. Lo anterior se justifica en que este último es el único que podrá ejercitar las acciones privilegiadas que confiere la garantía en cuestión y por tanto, será igualmente el único interesado en inscribir la hipoteca, requisito imprescindible dada su configuración como derecho real de constitución registral.

En este punto, más allá del beneficio que en estos casos pueda tener un consumidor derivado de la intervención de un fedatario público²¹, compartimos que dicha garantía aisladamente considerada y, sobre todo, las consecuencias que la misma puede llegar a tener si se ejecutase, a quien beneficia es al prestamista y no al prestatario. Cabe señalar, como expone la Sección Segunda que la garantía le permite al prestamista ejercitar la acción privilegiada derivada de la hipoteca, pues este se queda la primera copia de la escritura inscrita²². Lo anterior incluso se produciría aunque la misma sea pagada por el prestatario, sujeto este último que recibe únicamente una copia simple.

préstamos hipotecarios", *Revista Quincena Fiscal*, 20 (2004), págs. 33-48. Respecto al autor, conviene destacar que actúa como abogado de la parte recurrente en el presente recurso de casación.

20. R. FALCÓN Y TELLA, "Cambio de criterio sobre el sujeto pasivo de AJD en los préstamos hipotecarios: la STS 1505/2018, de 16 de octubre", *Revista Quincena Fiscal*, 20 (2018), págs. 9-14.

21. El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, señala, en su artículo 81.2, que "los Notarios (...) en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia". Al mismo tiempo, el artículo 84 del mismo Texto Refundido dispone que "los Notarios (...) en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación". De lo anterior se desprende la protección que determinados prestatarios podrían obtener de la intervención de un fedatario público, lo que no ocurriría de no producirse la elevación a público del contrato de préstamo.

22. E. PUIG PEÑA, *La Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix, Barcelona, 1950. El autor ha indicado que "es lógico que no pueda ejecutarse un derecho sobre el patrimonio del deudor sin tomar ciertas garantías a favor de éste, la primera de las cuales –y única que aquí nos interesa– es la de la copia notarial del título del crédito sea "primera" o caso de ser "segunda o posterior" esté expedida en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien perjudica, como dice el artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1) (actualmente sería el artículo 517 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]); pues es claro que de admitirse a ejecución segundas copias sin este requisito, podría fácilmente despacharse ejecución dos o más veces contra una misma persona con los consiguientes perjuicios".

Al mismo tiempo, se debe indicar también que las entidades financieras suelen hacerse cargo de la tramitación –registrar, notarial y administrativa– de las escrituras públicas de préstamos hipotecarios, al considerar que de lo anterior no se debería encargar el prestatario, debido al carácter constitutivo que como ya hemos señalado tiene la hipoteca²³. Ello puede considerarse una muestra más del interés que el prestamista puede tener.

Sin embargo, no puede dejar de señalarse que la hipoteca, como ya se ha dicho, es una garantía que no se transmite y que, en muchos casos, podría conseguir que la financiación se obtenga con un plazo mayor y con un coste financiero más bajo²⁴. A su vez, en la práctica existen documentos notariales que se formalizan a la solicitud del prestatario, como es, entre otros, un acta de extinción de hipoteca²⁵. Lo anterior podría desprender que no en todo caso el interés es exclusivo del prestamista.

Por otro lado, igualmente se destaca en la Sentencia la capacidad de solicitar el documento notarial, pues únicamente quien ostente un interés legítimo puede solicitar a un notario que expida o entregue una escritura. Recordemos que, conforme al artículo 29 del TRLITPAJD, el sujeto pasivo podría determinarse, en defecto del adquirente y además de acudir al interesado, por las personas que insten o soliciten los documentos notariales.

Para identificar en el presente caso a dicho sujeto habría que tener en consideración lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y en el Código Civil, al igual que lo indicado en el Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, lo que justificaría el argumento de que quien adquiere un derecho real de garantía es el acreedor hipotecario²⁶.

1.2. Anulación del artículo 68 del Reglamento

Llegados a este punto, habría que valorar el contenido del segundo apartado del artículo 68 del Reglamento que desarrolla el TRLITPAJD, pues la literalidad del mismo contradeciría de manera total la conclusión alcanzada en la Sentencia, en lo que se refiere al sujeto obligado al pago del impuesto. Recordemos que en el mencionado precepto se establecía que *"cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario"*.

Analizando el contenido del artículo 68 del Reglamento, se podría decir que el mismo se encontraba en línea con lo regulado para la modalidad de TPO, ya que en los préstamos sujetos a esta última, estén o no garantizados, el sujeto pasivo se

23. R. CASERO BARRÓN, "Comentario a la Sentencia...", art. cit.

24. J. A. GARCÍA-CRUCES, "¿Quién paga el gasto de formalizar una hipoteca?", *Diario Expansión*, 18 de enero de 2017.

25. En este sentido véase la STS 23 de noviembre de 2001, Recurso 2533/1996.

26. R. CASERO BARRÓN, "Comentario a la Sentencia...", art. cit.

identifica con el prestatario, como se desprende fundamentalmente de los artículos 8 y 15 del TRLITPAJD.

Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró, precisamente como consecuencia de la contradicción a la interpretación normativa realizada, que dicho artículo incurría en un exceso reglamentario que lo hacía del todo ilegal, anulándolo por tanto en virtud del artículo 27 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

A nuestro juicio, resulta coherente este extremo, pues si la interpretación correcta de la Ley condujese a la determinación del prestamista como sujeto pasivo del tributo en los casos de escrituras de constitución de préstamo con garantía, estaríamos ante un claro exceso reglamentario, pues definiendo un elemento del impuesto tan importante como lo es el sujeto pasivo, se separaría de manera total de lo dispuesto en el TRLITPAJD.

A pesar de ello, cabe recordar que el Tribunal Supremo, en relación al artículo 29 del TRLITPAJD, entendía que debía acudir al concepto de interesado para definir el sujeto pasivo dadas las dificultades para determinar al adquirente, extremo que se encargaba de solucionar –y por tanto de facilitar– el artículo 68 del Reglamento.

A mayor abundamiento, cabe apuntar que para algunos autores²⁷, dicho artículo reglamentario no regulaba de manera independiente el sujeto pasivo de los documentos notariales, sino que simplemente suponía el desarrollo de lo dispuesto en el artículo 29 del TRLITPAJD, indicando a su vez que el Tribunal Supremo no había cuestionado la legalidad de aquél y que tampoco vulneraba lo dispuesto en la Constitución Española.

Aunque lo indicado en el anterior párrafo podría derivar de la concepción del prestatario como sujeto pasivo, existen posturas que pese a defender la lógica de que el sujeto pasivo del impuesto sea el prestamista, aceptan con resignación lo que señalaba el artículo 68 del Reglamento, considerándolo finalmente acorde con la Ley²⁸. Para llegar a dicho punto, se admite la clara identificación del adquirente con el prestatario, añadiendo a su vez que el derecho de hipoteca no se puede adquirir, sino que se constituye, como así se ha confirmado, entre otros, por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de enero de 2004.

1.3. Voto particular concurrente del Magistrado D. Nicolás Maurandi Guillén

Finalmente, conviene analizar brevemente el primero de los dos votos particulares contenidos en la Sentencia, el cual, a pesar de estar a favor de la identificación del prestamista como sujeto pasivo, entiende que determinados extremos relacionados

27. J.J. PÉREZ-FADÓN MARTINEZ, "Sujeto pasivo de documentos notariales en préstamos hipotecarios, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 8 de noviembre (n.º de resolución: 1701/2017; n.º recurso: 3837/2015) y de 22 de noviembre de 2017 (n.º de resolución: 1789/2017; n.º recurso 3142/2016)", *Carta Tributaria*, 35 (2018).

28. T. VÁZQUEZ MUIÑA, "El sujeto pasivo del IAJD es el Banco. ¿El Tribunal Supremo cambia de postura o no?", *Actualidad Civil*, 10 (2018).

con la naturaleza de los Actos Jurídicos Documentados justificarían aún más la conclusión alcanzada.

Así, además de diversos extremos ya tratados en el presente trabajo, entiende el Magistrado que el concepto de Actos Jurídicos Documentados no engloba un único tributo, sino dos: aquél referido a los propios documentos notariales y aquél que grava los actos jurídicos que aquellos documentos contienen. De este modo, además de distintas cuantificaciones, se apreciarían diferentes justificaciones y hechos imponderables y, con esto, distintos elementos que deberían ser ponderados para la aplicación de cada uno de ellos.

La existencia de dos tributos independientes abre la puerta a que se destaque la ventaja que obtiene el acreedor en el caso de la imposición de los actos contenidos en los documentos notariales, pues ellos favorecen, como ya se ha indicado en el presente artículo, de manera clara al prestamista.

Así pues, el Magistrado parte de lo expuesto para relacionarlo con el concepto de capacidad económica. En este punto recuerda que la potestad tributaria no puede justificarse simplemente en una finalidad recaudatoria, exigiéndose por tanto que la carga del gravamen se relacione de forma coherente y proporcional con la razón del mismo, respetando así las exigencias establecidas en la Constitución; en particular, lo dispuesto en su artículo 31.

En lo que se refiere a la consideración de que la tributación sobre actos jurídicos documentados engloba dos tributos diferentes, debemos señalar que no compartimos tal afirmación, pues entendemos que lo que existen son, en realidad, dos modalidades que llevan asociadas dos cuotas de distinta naturaleza, una fija y otra variable.

A mayor abundamiento, se puede apreciar cómo la modalidad que lleva asociada la cuota variable se identifica en la práctica como un complemento de tributación de la otra modalidad. Así pues, cuando se cumplan determinados requisitos de manera acumulada se abonará, además de la cuota fija, la cuota variable, que tendrá en cuenta la valoración del acto contenido en el documento notarial.

De igual modo, de aceptarse la tesis que propone la existencia de dos impuestos, se podría hablar de dos sujetos pasivos distintos, extremo que puede resultar complicado encajar a la luz de la literalidad del artículo 29 del TRLITPAJD. Igualmente, la conclusión apuntada puede tener amparo en lo expresado en el artículo 27.2, pues comienza señalando que el tributo –no refiriéndose por tanto a más de uno– “se satisfará mediante cuotas variables o fijas”.

2. LA SENTENCIA 1669/2018 DEL PLENO DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 27 NOVIEMBRE DE 2018, REC. 5911/2017. CONSIDERACIÓN DEL PRESTATARIO COMO SUJETO PASIVO DE AJD

Mediante esta Sentencia, el pleno de la Sala Tercera de Tribunal Supremo confirma el criterio sostenido por la jurisprudencia que había estado vigente con anterioridad a la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del 16 de octubre de 2018. Por ello, determina que el sujeto pasivo de la cuota gradual correspondiente a la

modalidad de documentos notariales de AJD se identifica con el prestatario, en lugar de con el prestamista. De este modo, reduce el efecto de las tres Sentencias que señalaban al prestamista como sujeto pasivo al ámbito procesal de los recursos de casación que fueron resueltos mediante las mismas.

Para llegar a la anterior conclusión, el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo parte, al igual que como ya había sostenido el Magistrado D. Dimitry Berberoff en su Voto Particular a la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala, de la característica accesoria que la garantía hipotecaria tiene. Para el Supremo en esta Sentencia, lo que debe guiar la interpretación de la norma tributaria es la existencia del préstamo y no la propia garantía, y es que entiende que el negocio jurídico básico en estos supuestos es el préstamo, que podría existir por sí mismo sin la existencia de la hipoteca. Por el contrario, señala que la garantía hipotecaria es un “negocio derivado y siervo” del préstamo, “sin el cual no existiría”.

Así pues, haciendo mención a los artículos 2 y 3 del TRLITPAJD –los cuales, como ya se apuntó, abren la puerta al Código Civil y, en su defecto, al Derecho Administrativo– y a su vez, al artículo 12.2 de la LGT, referido a la interpretación de las normas tributarias, justifica la unidad de hecho imponible en torno al préstamo, lo que propondría que el único sujeto pasivo fuera el prestatario.

Al mismo tiempo, tras citar determinada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo²⁹, se explica que la apreciación de dicho hecho imponible único en torno al préstamo deriva de:

“la concepción civil de constituir el contrato una unidad funcional y económica que opera en el tráfico bajo una única unidad léxica compuesta como es la de préstamo hipotecario, que acoge un contrato traslativo del dominio –con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad– y un derecho real de garantía de carácter accesorio, que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (artículo 1857.1.º del Código Civil), hace que no pueda compartirse la afirmación contenida en las Sentencias de la Sección conforme a la que, desde el punto de vista tributario, existirían dos adquirentes”.

Es más, para el propio Pleno en esta Sentencia, la importancia del préstamo como negocio principal es tal que incluso resulta necesario tener en consideración, a los efectos de determinar el sujeto pasivo de AJD, los artículos 8 y 15 del TRLITPAJD. Estos artículos, como ya fue apuntado, entendemos que afectan únicamente a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, pues se contienen en el título que la regula, en lugar de en el título preliminar.

En contra de esta tesis deberíamos destacar lo indicado en el voto particular a la Sentencia emitido por el Magistrado D. Francisco José Navarro Sanchís, quién resalta que ningún extremo del TRLITPAJD habilitaría la utilización de la regulación de TPO para completar o interpretar la normativa de AJD. Por ello, la determinación del sujeto

29. STS de 1 de julio de 1998, recurso 3163/1992.

pasivo de la cuota gradual de AJD en estos casos no podría apoyarse en la regulación de TPO. Al mismo tiempo, considerando lo apuntado por la generalidad de la doctrina, concibe que existirían tres tributos independientes –TPO, AJD y OS–, todos ellos con una regulación distinta en lo que se refiere al hecho imponible, sujeto pasivo, base imponible y tipo de gravamen, gravando a su vez capacidades económicas distintas.

Según nuestro criterio, consideramos que la remisión a la naturaleza civil, derivada de la aplicación de los artículos 2 y 3 del TRLITPAJD, no puede ser en este caso absoluta, sino que, por el contrario, debe simplemente ayudar a entender la naturaleza real de las operaciones para interpretar aquellos extremos que no sean claros. En otras palabras, creemos que un aspecto no determinante en la operación a efectos civiles podría tener tal importancia que hiciera, por sí solo, la apreciación del supuesto de hecho de un determinado tributo, como ocurre en el presente caso y, no por ello, pensamos que debiera restar importancia a la hora de determinar los efectos estrictamente tributarios derivados de la operación.

Así, aunque civilmente pudiera no tener sentido la disgregación del préstamo de la garantía –al ser esta última una accesión de aquél y como consecuencia de esto, no pudiendo existir en el caso de inexistencia del préstamo–, a efectos tributarios se producen dos convenciones independientes, una con motivo del préstamo y otra como consecuencia de la constitución de la garantía. Esas dos convenciones deberían considerarse salvo en los casos en los que se determine expresamente lo contrario, como así dispone el artículo 4 del TRLITPAJD.

Pensamos que esta última circunstancia establecida en el artículo 4 TRLITPAJD no se produciría en el presente supuesto, pese a lo establecido por el artículo 15 del TRLITPAJD, pues creemos que este último artículo afectaría a la modalidad de transmisiones patrimoniales y, en concreto, a aquellos préstamos con garantía hipotecaria que no queden sujetos a IVA.

A su vez, si se siguiese de manera estricta el criterio de considerar el préstamo gravado con garantía hipotecaria, a efectos fiscales, como una operación que únicamente podría tributar por el concepto de préstamo –como así se desprende de la regulación de TPO contenida en el TRLITPAJD–, teniendo en cuenta la exención de los mismos en sede de la modalidad TPO resultaría coherente no hacer tributar la operación por AJD³⁰.

Por otro lado, también la Sentencia hace referencia a la Ley sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, la cual justificaría la identificación del prestatario como sujeto pasivo, al regular en su artículo 78 una exención en la modalidad gradual que nos ocupa para los supuestos de subrogación; y todo ello con base en el interés de esta Ley para beneficiar a consumidores y usuarios.

Expuesto lo anterior, el Pleno de la Sala Tercera trata de rebatir los tres argumentos capitales de la Sentencia de 16 de octubre de la Sección Segunda que ya fueron analizados y que sostenían la conclusión de que el prestamista era el sujeto pasivo.

30. En este sentido se ha pronunciado también R. FALCÓN Y TELLA, "Cambio de criterio sobre el sujeto pasivo...", art. cit.

Dichos fundamentos eran: (i) la inscripción de la garantía, (ii) la determinación de la base imponible y, finalmente, (iii) el concepto de interesado y su relación con el artículo 29 del TRLITPAJD.

En lo que se refiere al requisito de la inscripción, el Tribunal Supremo vuelve a hacer mención a la unidad de hecho imponible configurada en torno al préstamo, el cual a su juicio se identifica, no con el negocio contenido en la escritura, sino con la instrumentalización. A su vez se advierte que el devengo de la cuota gradual se produce en el momento en el que se formaliza el acto, independientemente del día en el que se proceda a la inscripción de la hipoteca. Así, para el Pleno la inscripción del acto contenido en el documento notarial no puede hacer que la garantía se aprecie como el negocio principal a efectos tributarios.

Para combatir la anterior tesis, se observan, en los votos particulares a la Sentencia, distintos argumentos de peso. A modo de ejemplo, el Magistrado D. Francisco José Navarro Sanchís hace una interesante llamada de atención a lo dispuesto en el artículo 31.2 de la LITPAJD, que entre otros aspectos requiere para el devengo de la cuota variable que los documentos "contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles".

Según el Magistrado, si ese requisito se configura como "condictio iuris" para la sujeción del impuesto, el negocio complejo que ahora nos ocupa debería cumplirla; lo que hace gracias a la existencia de la garantía. En este contexto, indica: "si siguiéramos reputando principal el préstamo, no tendría excesivo sentido someter a gravamen un negocio jurídico no inscribible sólo porque exista un derecho real accesorio en garantía del cumplimiento de aquél que sí lo es".

Respecto a la base imponible, para el Pleno, el artículo 30.1 de la LITPAJD no permite concluir que el legislador haya pretendido que prevalezca la hipoteca sobre el préstamo, extremo que debería interpretarse acudiendo a las normas de Derecho civil. Igualmente, a su juicio resultaría inviable hacer uso del artículo que regula la base imponible para determinar algunos elementos como la naturaleza jurídica del tributo, el hecho imponible o identificar al sujeto pasivo.

Sin embargo, y volviendo a hacer mención en este punto al voto particular del Magistrado D. Francisco José Navarro Sanchís, la regulación de la base imponible posibilitaría concluir en este caso que la hipoteca resulta el elemento relevante. Recordemos que, como ya destacó la Sección Segunda en su Sentencia, la determinación de la base imponible puede hacer pensar que el legislador esté únicamente pensando en la garantía.

Igualmente, se hace mención a lo expuesto por el Tribunal Constitucional³¹ en lo que a la capacidad económica se refiere, dándose a entender que, únicamente, podría apreciarse que el prestatario es quien demuestra dicha capacidad requerida. Teniendo en cuenta este argumento, por nuestra parte interesa apuntar que de confirmarse en la operación que el único sujeto del que deriva una capacidad económica es el

31. Auto 24/2005, de 18 de enero.

prestatario, la modificación introducida por el Real Decreto-ley 17/2018, por la cual se establece en la LITPAJD que el sujeto pasivo será el acreedor hipotecario, podría resultar inconstitucional a la vista del artículo 31 de la CE.

Adicionalmente conviene añadir, como ya apuntamos al comentar la Sentencia de la Sección Segunda, que defender la existencia de capacidad económica desde el punto de vista del prestatario por el simple hecho de que se hipoteque un bien, sería un argumento difícilmente aplicable en los casos en los que exista un hipotecante no deudor, ya que este y no el prestatario sería el titular del activo.

Algunos autores han apuntado que lo verdaderamente adquirido por el prestatario en estos supuestos resulta ser un pasivo, pues deberá devolver el principal del préstamo recibido más los respectivos intereses, extremo que impediría apreciar un aumento de su capacidad adquisitiva³².

Al mismo tiempo, podría cuestionarse también la constitucionalidad del artículo 30.1 de la LITPAJD, pues si se concibe que el préstamo se identifica con el negocio principal, la determinación de la base imponible creemos que no debería incluir intereses indemnizatorios, primas por incumplimiento y otros conceptos semejantes que no se refieren estrictamente al préstamo en sí.

En lo que se refiere al tercer motivo –el concepto de interesado y su relación con el artículo 29 LITPAJD–, el pleno, a pesar de apuntar que no resulta necesario acudir a este extremo pues en este caso se identificaría sin mayores problemas al adquirente, patentiza que el negocio no solo interesa al prestamista, sino además al prestatario, ya que recibe el montante prestado.

En este punto, habría que discutir la claridad con la que el Pleno parece identificar al adquirente³³, pues nos encontramos ante un negocio complejo que no parece ser traslativo de dominio en lo que a la constitución de la garantía se refiere y en el que se podría observar, como ya bien apuntó la Sección Segunda en su Sentencia, la existencia de dos adquirentes, uno por el préstamo y otro por los privilegios derivados de la garantía. De este modo, atendiendo a tales dificultades, consideramos que, de manera subsidiaria y siguiendo la regulación contenida en la LITPAJD, resultaría coherente acudir a identificar el sujeto interesado en la operación.

En referencia al concepto de interés, el Magistrado D. Francisco José Navarro Sanchís lo relaciona de manera destacable con el concepto de capacidad económica y con la solicitud del documento notarial, aspecto este último que únicamente podrá realizar el interesado para hacer efectivo su derecho. Todo lo anterior, unido

32. A. AGÜERO ORTIZ, "Venceréis, pero no convenceréis: comentario a la sts 148/2018 de 15-3-2018 sobre la abusividad de la repercusión del ITP y AJD al consumidor que contrata un préstamo hipotecario)". Recuperado de: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Comentario_a_la_STS_148-2018_de_15-3-2018_sobre_la_abusividad_de_la_repercusion_del_ITP_y_AJD_al_consumidor.pdf>

33. Cabe apuntar lo expuesto por el Magistrado D. Nicolás Maurandi, pues en su voto particular, volviendo a desglosar el contenido del artículo 31 del TRLITPAJD, como ya hiciere en la anterior Sentencia, descarta por completo la existencia de un "adquirente" en la cuota fija de AJD y la acepta únicamente para los negocios traslativos de dominio en lo que se refiere a la cuota variable.

a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, le sirve para demostrar el claro interés –y a su juicio único apreciable– del acreedor hipotecario derivado de la constitución de la garantía.

Al mismo tiempo, destaca las consecuencias de identificar al prestatario como sujeto pasivo en los casos en los que el hipotecante no es el deudor, sino que es un tercero. Así, al exigirse el tributo al prestatario, por un lado, se estaría haciendo tributar a un sujeto que es ajeno a la constitución de la garantía y, a su vez, la base imponible contendría elementos del todo ajenos al único negocio del que aquel participa.

En similares términos se pronuncia el Magistrado D. Nicolás Maurandi, quien señala que si se acude al concepto de "interés" señalado en el artículo 29 LITPAJD, el mismo concurriría en mayor grado en el prestamista, como consecuencia de que, mediante la cuota gradual de AJD, lo que se grava no es más que el beneficio que le provoca el establecimiento de la garantía derivado de la intervención notarial y registral. Recordemos que, en su voto particular a la Sentencia de 16 de octubre, el propio magistrado había defendido que cada una de las cuotas conformantes de AJD se identifican como tributos independientes³⁴.

Por último, el Tribunal plantea los efectos de la anulación del artículo 68 del Reglamento que llevó a cabo la Sección Segunda a través de sus Sentencias. Cabe indicar que el Pleno de la Sala Tercera ya no tenía capacidad de revisar los efectos anulatorios del citado artículo del Reglamento, a pesar de que su criterio ahora vaya de nuevo a favor de lo que anteriormente establecía³⁵.

Así pues, se dispone que la circunstancia de que el Reglamento únicamente tenga efectos interpretativos de la Ley, provocaría que su anulación no surta efecto alguno ante cualquier impugnación. Lo anterior se justifica en el hecho de que la Sentencia del Pleno aquí analizada establezca la interpretación correcta del sujeto que reúna la condición de sujeto pasivo de la cuota gradual de AJD a partir del texto legal en exclusiva, dando a entender que por tanto sería irrelevante la vigencia del citado artículo.

En este punto, entendemos que el Pleno pudo pretender salvar posibles reclamaciones que se sustenten en dicha anulación, pues con anterioridad a la modificación en la LITPAJD introducida por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, era la única norma que claramente definía el sujeto pasivo en la modalidad de documentos notariales respecto a los préstamos garantizados con hipoteca.

34. En este sentido, el Magistrado en la referida Sentencia exponía 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".

35. R. FALCÓN Y TELLA, "De nuevo sobre el sujeto pasivo de AJD en los préstamos hipotecarios: la STS de 6 de noviembre de 2018 y el RD Ley 17/2018, de 8 de noviembre", *Revista Quincena Fiscal*, 22 (2018), págs. 9-14.

IV. CONCLUSIONES

A nuestro entender, uno de los puntos relevantes que han puesto de manifiesto las Sentencias analizadas, independientemente de los efectos de sus respectivas conclusiones en torno a la figura del sujeto pasivo, se identifica con las carencias que se ponían de manifiesto en la ley a la hora de regular determinados extremos capitales que afectan a la figura tributaria de AJD³⁶. En particular, en lo relativo a la regulación del hecho imponible y a la determinación del sujeto pasivo.

Lo anterior se puede concluir sin excesivos esfuerzos tras leer la normativa que regulaba el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados hasta la irrupción del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre. Entre otras afirmaciones, se puede decir que el único precepto que se refería al sujeto pasivo, en los supuestos en los que se tributaba por AJD como consecuencia de la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria, era el artículo 68 del Reglamento, cuyo segundo párrafo fue anulado por la Sección Segunda al realizar una interpretación contraria al mismo.

Se debe precisar que, para el caso de AJD, había sido el Reglamento y no el TRLITPAJD el encargado de especificar el sujeto pasivo, cuando su determinación constituye un extremo de importancia capital en cualquier tributo³⁷; de ahí que se pueda entender establecida la reserva de ley en relación a este punto si se interpreta el artículo 31.3 de la Constitución Española³⁸.

Partiendo de lo anterior, la primera conclusión que podríamos apuntar, es que cabe la posibilidad de que nos encontráramos ante un problema que únicamente podía ser solucionado a nivel legislativo –como así ha ocurrido finalmente–, por muchas interpretaciones distintas que se le quisieran haber dado a la regulación que estaba vigente en el momento en el que se resuelven los distintos recursos.

De hecho, llama poderosamente la atención, a tenor de la normativa que estaba vigente, que el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo pudiera contradecir a la Sección Segunda, indicando que el sujeto pasivo es el prestatario, para que, posteriormente, el Gobierno –en funciones de “legislador” al utilizar sus instrumentos normativos con rango de ley–, simplemente añadiendo la precisión de que el sujeto pasivo es el prestamista³⁹, solvente el problema. Todo ello a pesar de que muchas de las normas utilizadas por el Pleno para obtener su conclusión sigan vigentes y no se hayan modificado.

En cuanto a la valoración de la postura que resultó vencedora en el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, para tratar de defender que el prestatario se iden-

36. Este extremo también es indicado por los magistrados D. Pablo María Lucas Murillo de la Cueva y por D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat en sus respectivos votos particulares que realizan a la Sentencia del Pleno.

37. El artículo 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, entre otros extremos exige regular por ley la determinación de los obligados tributarios.

38. A. CUBERO TRUYO, “La doble relatividad de la reserva de ley en materia tributaria”, *Civitas Revista española de Derecho Financiero*, 109-110 (2001), págs. 217-263.

39. Real Decreto Ley 17/2018 modifica el artículo 20 del TRLITPAJD para añadir “Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”.

tifique con el sujeto pasivo del tributo, aceptamos como una razón de peso alegar, a la hora de interpretar el artículo 29 de la LITPAJD –referido al sujeto pasivo de AJD en el concepto de documentos notariales– que deba prevalecer un tratamiento unitario de la operación. Ello llevaría a destacar el préstamo sobre la garantía e incluso a que fuera por él absorbida, lo que podría provocar que se identificase al prestatario como adquirente⁴⁰ y se demostrara su interés en la operación por la obtención del préstamo.

Lo que no compartimos son las justificaciones que se realizaron en torno a la solidez que la concepción del prestatario como sujeto pasivo ha tenido a lo largo de muchísimos años para la jurisprudencia, ya que, según nuestro criterio, no cabría perpetuar un determinado error por el único motivo de que el mismo se haya repetido reiteradas veces a lo largo del tiempo.

Igualmente, tampoco nos parece apropiado tratar de solventar el problema interpretativo relativo a AJD acudiendo supletoriamente a las disposiciones que regulan la modalidad de TPO, pues entendemos que, de la estructura del TRLITPAJD, se desprende claramente la configuración de ambos como modalidades –podría defenderse que incluso como tributos– independientes y que, por tanto, sus regulaciones específicas no tendrían capacidad de influir entre ellas, a la vez que ningún artículo de dicho Texto Refundido lo permite.

Conviene añadir que nada hubiese impedido al legislador haber incluido con anterioridad un artículo en el TRLITPAJD que identificara de manera certera el sujeto pasivo en estos casos, como se ha hecho a través del Real Decreto-ley 17/2018 o como se hizo en su momento con la modalidad de TPO, en lugar de haber recurrido al establecimiento de una suerte de fórmula indirecta que se basa en el concepto de adquirente y, en su defecto, el de interesado.

Asimismo, podría resultar cuanto menos extraña la circunstancia de que se pretenda interpretar el tratamiento tributario de un préstamo con garantía omitiendo la existencia de esta última, cuando precisamente la constitución de la hipoteca es lo que provoca la tributación por la cuota gradual de AJD. A nuestro parecer, dicha omisión que se pretende de la garantía podría resultar incluso interesada. Así pues, si el criterio de la “accesoriedad” se llevare al extremo, podría no llegar a entenderse la tributación de la cuota variable de AJD en estas operaciones, cosa que lógicamente en ningún momento se plantea, pues el supuesto de hecho que determina la tributación en todo caso se produce.

Finalmente, en lo que a la capacidad económica se refiere, consideramos que la misma se demuestra claramente por el prestamista, como acreedor hipotecario. Sin embargo, en relación al prestatario, a pesar de que tanto la capacidad de endeudamiento como la titularidad de los bienes sobre los que se constituya la garantía hipotecaria son elementos que la puedan manifestar, aparecen determinadas dudas en algunos supuestos como, por ejemplo, aquellos en los que el bien hipotecado no es de titularidad del mismo.

40. J. CALVO VÉRGEZ, “Primeras reflexiones sobre la tributación de los préstamos hipotecarios en el AJD tras la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 16 de octubre de 2018”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 945 (2018).