



***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE  
ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA  
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE  
ABOGADOS DE CANTABRIA)***

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**CURSO ACADÉMICO 2018-2019**

**COMENTARIO A LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL  
SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO DE ACTOS JURIDICO  
DOCUMENTADOS**

**COMMENTARY ON THE JURISPRUDENTIAL EVOLUTION ON THE  
PASSIVE SUBJECT OF THE TAX OF DOCUMENTARY LEGAL ACTS**

**AUTOR Daniel Rodríguez de Celis**

**DIRECTOR/A:**

**Francisco José Carral**

## **RESUMEN:**

La necesidad de realizar un análisis de la evolución jurisprudencial sobre quién debe de ser el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados, surge con la sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2018, donde se vino a determinar que tal condición la debía de ostentar el prestamista y no el prestatario, como tradicionalmente se venía estableciendo. Esta necesidad se agrava cuando el presidente de la sala de lo Contencioso-Administrativo emite una nota informativa, dejando sin efecto todos los señalamientos sobre recursos de casación pendientes con un objeto similar y decidiendo avocar al Pleno de la Sala el conocimiento de alguno de dichos recursos, a fin de confirmar o no el cambio jurisprudencial. Cambio que no se sustanció por 15 votos en contra frente a 13 votos a favor.

## **ABSTRACT:**

The need to perform an analysis of the jurisprudential evolution on who should be the taxpayer of documented legal acts, arises with the judgment of the third room of the Supreme Court of October 16, 2018, where it was determined that The lender should have the condition and not the borrower, as was traditionally established. This need is aggravated when the chairperson of the Contentious-Administrative Chamber issues an informative note, leaving without effect all the statements on outstanding cassation remedies with a similar purpose and deciding to request the plenary session of the Chamber to know any of said resources. , in order to confirm or not the jurisprudential change. Change that was not substantiated by 15 votes against 13 votes in favor.

## **KEY WORDS**

Actos jurídicos documentados, prestatario, prestamista, hipoteca, Tribunal supremo, Sentencia 705/2018, Impuesto.

## **KEY WORDS**

Actos jurídicos documentados, prestatario, prestamista, hipoteca, Tribunal supremo, Sentencia 705/2018, Impuesto.

## **ÍNDICE**

<b>ABREVIATURAS</b>	<b>6</b>
<b><u>CAPÍTULO I</u></b>	
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>7</b>
<b><u>CAPÍTULO II</u></b>	
<b>SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015</b>	<b>10</b>
INTRODUCCIÓN	10
MOTIVO PRIMERO, REFERIDO A LA CLÁUSULA SUELO	10
MOTIVO QUINTO Y SEXTO, REFERIDO A LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO	12
MOTIVO SEPTIMO, CLAUSULA DE GASTOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO	15
VALORACIÓN PERSONAL DE LA SENTENCIA	20
<b><u>CAPÍTULO III</u></b>	
<b>SENTECIA DE 15 DE MARZO DE 2018</b>	<b>22</b>
INTRODUCCIÓN	22
ANTECEDENTE DE HECHO DE LA SENTENCIA	22
FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA	23
VALORACIÓN PERSONAL DE LA SENTENCIA.	26
<b><u>CAPÍTULO IV</u></b>	
<b>SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2ª</b>	<b>27</b>
AUTO DE ADMISIÓN	27
ANTECEDENTES DE HECHO	29
FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA	31
Auto de Admisión	31

Configuración legal del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, modalidad documentos notariales 34

El sujeto pasivo del impuesto en las escrituras de préstamos con garantía hipotecaria en la normativa vigente y en la jurisprudencia 35

La necesidad de modificar la jurisprudencia sobre el sujeto pasivo del impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria 36

VALORACIÓN PERSONAL DE LA SENTENCIA 38

## **CAPÍTULO V**

**SUSPENSIÓN DE LA SENTENCIA 41**

## **CAPÍTULO VI**

**SENTENCIA 1669/2018 DEL TRIBUNAL SUPREMO 43**

ANTECEDENTES DE HECHO DE LA SENTENCIA 43

FUNDAMENTOS DE DERECHO 44

Primero; sobre la avocación al Pleno de los recursos 1049/2017, 1653/2017 y 5911/2017. 44

Segundo.- Sobre las circunstancias concurrentes en los recursos avocados a Pleno. 45

Tercero; Sobre la jurisprudencia emanada del Pleno de la Sala 46

Cuarto; Sobre el Recurso de casación interpuesto por Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas-Vaciamadrid S.A. 48

Quinto; Subsistencia del interés casacional en el caso. 50

Sexto; Sobre la jurisprudencia relativa al sujeto pasivo del impuesto sobre los préstamos hipotecarios. 50

Séptimo; Sobre la decisión del Pleno en Relación con el sujeto pasivo del impuesto sobre préstamos hipotecarios. 53

VALORACIÓN PERSONAL DE LA SENTENCIA 55

## **CAPÍTULO VI**

**REAL DECRETO-LEY 17/2018, DE 8 DE NOVIEMBRE 57**

REQUISITOS LEGALES 57

CUERPO NORMATIVO 58

VALORACIÓN PERSONAL DEL REAL DECRETO-LEY 59

## **CAPÍTULO VII**

<b>CONCLUSIONES</b>	<b>61</b>
<b>JURISPRUDENCIA</b>	<b>63</b>
<b>LEGISLACIÓN</b>	<b>65</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>66</b>
<b>PÁGINAS WEB</b>	<b>67</b>

## ABREVIATURAS

-Art, art-	Artículo.
-AP-	Audiencia Provincial.
-BOE-	Boletín Oficial del Estado
-CC-	Código Civil
-CE-	Constitución Española
-DGRN-	Dirección General de Registros y del Notariado
-Núm., núm.-	Número
-Ob. Cita-	Obra citada
-Pág./págs.-	Página/páginas
-SAP-	Sentencia de la Audiencia Provincial
-Ss.-	Siguientes
-STC-	Sentencias del Tribunal Constitucional
-STJUE-	Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo
-STS-	Sentencia del Tribunal Supremo
-TSJ-	Tribunal Superior de Justicia
-TS-	Tribunal Supremo
-Vol.-	Volumen

## 1. INTRODUCCIÓN

A través del presente trabajo se pretende realizar un estudio en clave puramente jurídica de la evolución jurisprudencial acerca de la determinación del sujeto pasivo en el impuesto de actos Jurídico-Documentados.

Tradicionalmente nuestro tribunal supremo ha venido interpretando de una manera uniforme quien debe de pagar tales gastos. Sin embargo, en los últimos años hemos visto como se ha ido rompiendo esa uniformidad con pronunciamientos dispares.

Podemos afirmar que, la primera sentencia disidente con esta línea tradicional fue la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil Pleno) de 23 de diciembre de 2015<sup>1</sup>. A través de la cual se declaró la abusividad de las cláusulas de gastos incluidas en las condiciones generales de BBVA por estimar que trasladaban al consumidor gastos que por naturaleza corresponden al prestamista, declarando la abusividad de la repercusión al consumidor del impuesto sobre actos Jurídico-Documentados entre otra serie de gastos que más adelante se comentaran. Esta sentencia supuso la ruptura de la línea jurisprudencial tradicional, abriendo la puerta a una serie de reclamaciones por parte de los consumidores, pero como estudiaremos más adelante, no aclarando de una manera indubitada quien debía ser el sujeto pasivo.

Posteriormente mediante la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de marzo de 2018<sup>2</sup>, se analizó la jurisprudencia tradicional del Alto Tribunal de la sala de lo Contencioso Administrativo, para determinar que no existe tal controversia a la hora de establecer la identidad del sujeto pasivo en el impuesto de actos Jurídico-Documentados, puesto que desde la creación del tributo los magistrados han venido determinado que el sujeto pasivo es el prestatario. Sin embargo, la sentencia sí confirmó que la cláusula que transmita al cliente de una manera indiscriminada los gastos, cuando estos gastos correspondan a la administración, será nula por encontrarse en la lista negra que regula las condiciones generales de la contratación.

Con esta sentencia, podríamos decir que se produjo una vuelta a la línea jurisprudencial tradicional de considerar sujeto pasivo del impuesto al prestatario.

La mayor ruptura con la jurisprudencia imperante se produjo con la famosa Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª) de 16 de Octubre de 2018<sup>3</sup>, donde se estableció que es la entidad bancaria quien debe de pagar el impuesto de Actos Jurídicos Documentados y no el prestatario, además de declarar la ilegalidad del párrafo segundo del artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil en Pleno) de 23 de diciembre de 2015 (RJ/2015/5714).

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de marzo de 2018 (RJ/2018/1241).

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª) de 16 de Octubre de 2018 (RJ/2018/4082).

Actos Jurídicos Documentados<sup>4</sup>, donde se establecía de una manera clara que el sujeto pasivo era el prestatario.

La sorpresa, ante ya una noticia sorprendente de por sí, fue la nota pública emitida por el presidente de la sala de lo civil del tribunal supremo donde se anuncia la suspensión de la sentencia mencionada anteriormente, para someter la cuestión litigiosa al estudio por el pleno de la sala ante “la enorme repercusión económica y social”<sup>5</sup> que la sentencia había tenido. La enorme repercusión a la que el presidente de la Sala, don Luis María Díez-Picazo, se refería en su comunicado no eran solo los presuntos 2.600 millones de euros<sup>6</sup> que las entidades bancarias tendrían que devolver supuestamente a los clientes sino también los descensos generalizados de las cotizaciones en bolsa, ante el temor de los inversores. Por ejemplo las entidades más penalizadas eran Sabadell que había caído un -6,7%), seguida por Bankinter (-6,3%), Bankia (-5,1%), CaixaBank (-4,5%), BBVA (-2,7%) y Santander (-2%). En el Continuo, Liberbank se había desplomado un 6,8%, mientras que Unicaja había cedido un 5,3%<sup>7</sup>.

28 magistrados del pleno de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo debatieron durante dos intensos días acerca de quién debía ser el sujeto pasivo del impuesto, decidiendo finalmente, por 15 votos a 13, que es el prestatario quien debe de hacer frente a tal pago<sup>8</sup>.

Esta sentencia tuvo una respuesta por parte del poder ejecutivo, quien por vía de Real Decreto-Ley modificó 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<sup>9</sup> además de derogar el apartado segundo del artículo 68 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 donde se establecía que «Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.», fijando de una manera clara que será el «prestamista» quien pague.

Hemos considerado conveniente realizar un análisis personal, a luz de lo anteriormente expuesto, dado el desprestigio que ha sufrido una institución de gran importancia en nuestro sistema democrático como es el Tribunal Supremo. Conviene realizar un estudio que nos separe de los comentarios, mal intencionados, que se vierten

---

<sup>4</sup> Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

<sup>5</sup> [https://elpais.com/economia/2018/10/19/actualidad/1539950791\\_991263.html](https://elpais.com/economia/2018/10/19/actualidad/1539950791_991263.html) consulta de 18 de noviembre de 2018.

<sup>6</sup> <https://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2018/10/22/5bcddea7e2704ee5768b46b8.html> consulta de 18 de noviembre de 2018.

<sup>7</sup> <https://www.capitalmadrid.com/2018/10/18/51069/duro-castigo-a-los-bancos-del-ibex-por-la-sentencia-sobre-hipotecas-documentadas.html> consulta de 18 de noviembre de 2018.

<sup>8</sup> <https://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2018/11/06/5be1e1eae5fdeade218b45e2.html> consulta de 18 de noviembre de 2018.

<sup>9</sup> 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.

desde los medios de comunicación y, sobre todo como juristas, separarnos de los comentarios que por la clase política se han emitido con el único fin de conseguir rédito político.

Considerando farragosa la redacción con la que el legislador estableció la identidad del sujeto pasivo del impuesto, resulta importante analizar desde un punto estrictamente jurídico sí por culpa de esta Ley se han producido todas estas controversias. Con este análisis pretendemos alejarnos de los comentarios que estos días se están vertiendo en diferentes programas de televisión.

Por lo expuesto, y como se ha dicho al principio de esta introducción, el trabajo va a versar sobre un estudio personal del derecho, se trata de una interpretación propia atendiendo a criterios jurídicos a través de los cuales ofreceremos una respuesta al problema que, lamentablemente, hemos vivido estos días.

## **2. SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015**

### **2.1) INTRODUCCIÓN**

Resulta conveniente comenzar el estudio de este trabajo partiendo de la sentencia 705/2015 de 23 de diciembre de 2015<sup>10</sup>, por ser la primera sentencia que considero la abusividad de las cláusulas que estaban utilizando las entidades bancarias.

Se trata de una sentencia muy extensa y que trata diversos temas, para centrar el estudio de esta en el objeto del presente trabajo de fin de máster, se abordara su análisis exclusivamente al «RECURSO DE CASACIÓN DEL BBVA, S.A.»

Aunque en el párrafo anterior se ha indicado que el estudio de esta sentencia se centrará únicamente en el objeto del presente trabajo siendo este el Impuesto de actos jurídico documentados dentro de los gastos de constitución de hipoteca, consideramos conveniente entrar a valorar, muy brevemente, otras cuestiones que el Tribunal Supremo en esta sentencia analiza, tales como cláusulas suelo, cláusula de vencimiento anticipado y ya finalmente valorar la cláusula de gastos del préstamo hipotecario.

Consideramos importante ampliar nuestra materia de estudio en esta sentencia, por afectar de una manera directa este pronunciamiento a los derechos de los consumidores, del mismo modo que lo hace la cláusula de gastos que posteriormente analizaremos.

Podemos afirmar como introducción que esta sentencia supuso un cambio en la concepción jurídica de las personas que solicitan un préstamo para adquirir su vivienda, pues tras su dictado, los consumidores vieron reforzada, aunque no de una manera plena, su seguridad y de una manera muy pequeña podemos decir que se redujo la situación de asimetría en la que se encuentran la entidad bancaria y el ciudadano que solicita un préstamo.

### **2.2) MOTIVO PRIMERO, REFERIDO A LA CLÁUSULA SUELO**

La importancia de este primer motivo de casación radica en la consideración de cosa juzgada por el Tribunal Supremo de las cláusulas contenidas en el contrato por resultar idénticas a las ya declaradas nulas.

Se formuló por parte de la entidad bancaria recurso de casación ante la declaración de nulidad de una cláusula mediante la cual se establecía un que el tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no sería inferior al 2,25%.

---

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 705/2015 de 23 de diciembre (Sala de lo Civil, Sección pleno) RJ/2015/5714.

El Tribunal supremo comienza analizando la Sentencia de esa misma sala n.º 241/2013 de 9 de mayo<sup>11</sup>, en concreto cuando declara la nulidad de la siguiente cláusula:

*«a) El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,00 % ni inferior al 2,50 % nominal anual.*

*b) En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2'50 %, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15 % nominal anual.*

*c) En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,25%, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés.»*

Del mismo modo el Tribunal hace referencia a su Sentencia n.º 139/2015, de 25 de marzo<sup>12</sup>, donde se declaró la nulidad de la siguiente cláusula suelo del BBVA

*«En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2'50%, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15 % nominal anual»*

Cómo se puede observar se trata literalmente de la misma cláusula contenida en la sentencia de 9 de mayo del 2013, que ya había sido declarada nula por esa resolución.

Es conveniente destacar que en estas sentencias el denominado “suelo” o tipo mínimo, se establece en el 2.50%, sin embargo, en nuestro caso, es del 2.25%, por lo que cabría preguntarnos, como alega el recurrente, si esa nulidad no se debe de aplicar a este caso.

Sin embargo, el juzgador también pone de manifiesto la cláusula declarada nula por la sentencia 2/2015 de 29 de abril<sup>13</sup>, siendo su literalidad la siguiente:

*«En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al dos con veinticinco (2,25) por ciento, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su*

---

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 241/2013 de 9 de mayo (RJ 2013/3088).

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 139/2015, de 25 de marzo (Sala de lo Civil) (RJ/2015/735)

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 222/2015 de 29 de abril (RJ2015/2042)

*caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al quince (15) por ciento nominal anual»*

Siendo la cláusula ahora recurrida esta:

*«En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea INFERIOR AL 2.25%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, SUPERIOR AL 15% NOMINAL ANUAL»*

Como se puede observar existe una total identidad entre ambas sentencias, el Tribunal Supremo en la de 9 de mayo de 2013 ordenó a la entidad bancaria BBVA eliminar de sus contratos las cláusulas que se determinaron como nulas, atribuyendo a estas la consideración de cosa juzgada cuando su literalidad sea idéntica a las ya declaradas ineficaces, como es el caso ante el que nos encontramos. Por este motivo el Tribunal consideró estas cláusulas idénticas, literalmente y desestimó este primer motivo de casación por existir cosa juzgada.

### **2.3) MOTIVO QUINTO Y SEXTO, REFERIDO A LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO**

La nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado son un claro ejemplo de la asimetría posicional en la que se encuentra la relación cliente-entidad bancaria. Nos encontramos ante ciudadanos que, son incapaces de negociar con los gigantes que representan las entidades bancarias; muestra de ello es la cláusula que se transcribe a continuación.

*«No obstante el plazo pactado, el BANCO podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los siguientes casos: a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses»*

De una lectura rápida de la cláusula, y sin valorar todavía la sentencia del Tribunal Supremo, observamos como existe una completa desproporción entre las facultades de la entidad de crédito y el prestatario.

El banco interpuso un recurso de casación por entender que la declaración de nulidad de la cláusula mostrada anteriormente es errónea. Argumentando que la entidad tiene la facultad de establecer una cláusula de vencimiento anticipado y que cualquier incumplimiento por el prestatario conlleva su aplicación.

La sala analiza lo anteriormente expuesto por la entidad bancaria y comienza su exposición diciendo que el Código Civil establece la posibilidad de reclamar el total de lo debido cuando el deudor pierde el derecho de utilizar el plazo, permitiendo que las obligaciones bilaterales se extingan ante el incumplimiento por resolución de contrato y permitiendo que tal eventualidad se exprese en el contrato de una manera pactada. Por lo que podemos afirmar que el tribunal no niega la posibilidad de integrar cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato, pero debiendo determinar en qué casos se puede dar. Encontramos aquí la primera de las causas de nulidad, la estipulación establecida no determina los casos de una manera individual si no que, en cierto modo, deja a la voluntad del prestamista la facultad de vencimiento.

El tribunal analiza la sentencia del Tribunal Supremo 506/2008 de 4 de junio de 2008<sup>14</sup>, donde se admitió el establecimiento de cláusulas de vencimiento anticipado al considerar que en el tráfico bancario es común su uso siempre que resulte necesaria su inclusión y no sea abusiva.

Esta misma resolución valoraba el pago de las obligaciones como una obligación de carácter esencial en el préstamo, pero lo hacía de una manera muy genérica.

El propio tribunal, y de una manera muy acertada, pasa a analizar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013<sup>15</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) parte entendiendo que una cláusula de vencimiento anticipado no es nula por sí sola. Por tanto, el hecho de que establezca un vencimiento anticipado del contrato no hace que sea nula esa condición, sino que son las circunstancias que rodean a esa estipulación las que convierten a la misma en abusiva tal y como muestra:

*«En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».*

---

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 506/2008 de 4 de junio de 2008 (RJ/2008/3196).

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, que resuelve el asunto c-415/11 (TJCE/2013/89).

Por lo que para determinar si una cláusula es nula o no, deberíamos de determinarlo en cada caso concreto, conforme a ese carácter suficiente del incumplimiento.

En el caso que nos ocupa el Tribunal no tiene ninguna duda de que la cláusula declarada nula no «modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación... permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio» por lo que la misma ha de determinarse como nula.

Más adelante el tribunal especifica como la nulidad viene determinada por ser una condición general predispuesta y por determinar el vencimiento anticipado, hecho este que dice no ser «per se ilícita». Por lo que se debe atender a la justificación del ejercicio de la misma cláusula, ejercicio que debe de cumplir los requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia anteriormente mencionada de 14 de marzo de 2013, siendo estas la necesidad de incumplimiento de una condición esencial del contrato, la gravedad del incumplimiento «en relación con la cuantía» y duración del mismo, debiendo de analizarse todo ellos desde la perspectiva de la facultad real del prestatario de evitar esta consecuencia.

Como segundo motivo casacional, en referencia con la cláusula de vencimiento anticipado, propone la entidad bancaria la posibilidad de eliminar de la estipulación la palabra «cualquiera». A simple vista parece un argumento adecuado, ¿para qué declarar la nulidad a la totalidad de la cláusula?, cuando el problema subyace en una única palabra, lo que en términos jurídicos supondría la integración del contrato por parte del órgano sentenciador.

El Tribunal valora esta propuesta haciéndose valer de sentencias anteriormente dictadas por esa misma sala como es la numero 470/2015 de 7 de septiembre<sup>16</sup>, sentencia en la que se estableció que esta facultad de integración por parte del juez no es posible, dado que el TJUE estableció, analizando la directiva de cláusulas abusivas, que solo cabe integrar el contrato cuando la cláusula sea necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor. Por lo que el Tribunal supremo desestima este motivo de recurso casacional.

Llegados a esta desestimación por parte de nuestro Tribunal Supremo, debemos de realizar una reflexión. Como se dijo anteriormente esta sentencia de 23 de diciembre de 2015 es muy extensa y se han dejado algunas cosas sin valorar por alejarse del objeto de este estudio. Entre ellas se encuentran los intereses moratorios del préstamo. El tribunal también confirmó la nulidad de esta cláusula que establecía unos intereses muy superiores a los que debían de fijarse.

Con carácter subsidiario la entidad bancaria solicitó que el Alto Tribunal integrase el contrato aplicando el límite legal de los intereses moratorios, el triple del interés legal del

---

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 475/2015 de 7 de septiembre (RJ2015/3976)

dinero. Aplicando este mismo razonamiento, que se ha expuesto para la cláusula de vencimiento anticipado, el tribunal desestimó las pretensiones de la entidad bancaria.

Tras este razonamiento del TJUE y de la Directiva en materia de cláusulas abusivas subyace un razonamiento. El banco, con todo el conocimiento del mundo, integró esas cláusulas en el contrato, cláusulas que per se no son nulas, pero las condiciones que las rodean determinan su nulidad. Por lo tanto, con otra redacción serían válidas, no pudiendo valerse del método de la integración para salvar esa cláusula viciada.

Pongamos un ejemplo:

- Imaginemos un contrato de crédito, dentro del cual se le establece una cláusula mediante la cual se fija que los intereses moratorios serán del 38%. Dado que el interés legal del dinero es del 3% el máximo permitido legalmente sería un interés moratorio del 9%, por ser el triple del legal.

Si se permitiera al banco que, una vez declarada nula la cláusula, se fijase el interés en el 12%, se estaría fomentando el uso de este tipo de cláusulas abusivas, porque el banco en caso de que el cliente demandase la nulidad de esa cláusula y el tribunal lo determinase en sentencia, se fijaría el interés máximo legal y en el caso de que el cliente no denunciase cobraría un 38%. Con esta imposibilidad de integración se le envía un mensaje al banco: si no establecen unas cláusulas proporcionadas, serán declaradas nulas y no se percibe ningún interés, porque, si se les permitiera esa facultad de integración del contrato por el tribunal, se les enviaría el mensaje de “arriésgate a fijar cláusulas abusivas que si te pillan tienes asegurado el máximo legal del 12%”.

Con esta limitación a la integración se reduce, como se dijo al principio de este motivo, la situación de asimetría en la que se encuentran bancos y clientes, porque ahora el banco puede perder mucho capital si se declaran nulas sus cláusulas.

## **2.4) MOTIVO SEPTIMO, CLAUSULA DE GASTOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO**

Bajo este motivo casacional se integran, no solo el objeto de nuestro estudio, sino todos aquellos gastos que ocasiona la concesión de un préstamo con una garantía real como es la hipoteca.

El recurso planteado por la entidad bancaria BBVA, fundamenta el interés casacional cuestionando que la aplicación del artículo 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (TRLGCU) sea de aplicación ya que los apartados a y c solo rigen en la compraventa de viviendas.

Del mismo se dice que la cláusula únicamente establece una distribución de gastos ya contenida en leyes y que en lo referente a actos Jurídico-Documentados, el propio texto legal dice que lo pagará el prestatario.

La extensa cláusula por la que se atribuye al prestatario-consumidor los gastos derivados del contrato es la siguiente:

*«Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación –incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía– y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.*

*La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.*

*Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.*

*La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los*

*procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aún cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.*

*El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gatos y costas en la cláusula 9ª»*

El tribunal comienza su fundamentación partiendo del artículo 89.3 del TRLGCU<sup>17</sup> donde se determinan como abusivas las cláusulas por las que se transmite al consumidor, en este caso prestatario, «las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables» así como «La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario» del mismo modo se reputaran como abusivas las cláusulas, cuando se trata de compra-venta de viviendas, que establezcan la transmisión al prestatario de los gastos de preparación del título que corresponda al empresario, así como la imposición de servicio y/o bienes no solicitados.

Hay que decir que en lo que respecta al arancel de notarios y registradores se atribuye el pago «al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite certificación», por lo que debemos de pensar que la persona que tiene el interés en realizar la inscripción en los registros no es otro que la entidad bancaria y no el prestatario, por lo que será el banco quien deba de pagar estos aranceles.

El tribunal analiza como reglamentariamente se establece un reparto equitativo de los gastos notariales y registrales por entender que nos encontramos ante dos instituciones jurídicas, un préstamo que beneficia al consumidor y una garantía real que beneficia e interesa a la entidad bancaria. Partiendo de este razonamiento de equidistribución de los gastos se observa como la cláusula cuestionada no establece distribución alguna si no que, simplemente, impone el pago de los gastos al prestatario, ocasionando un desequilibrio relevante entre las cargas del banco y las del consumidor.

El Tribunal Supremo aplicó al caso concreto su sentencia 550/2000, de 1 de junio<sup>18</sup> para decir que el traspaso al consumidor los gastos de constitución de hipoteca era una cláusula abusiva y por tanto nula. Pese a que en esa sentencia se trataba de una cláusula no seriada, establecida de una manera individual, se le otorgó el mismo tratamiento al considerar que una transmisión indiscriminada de los gastos de constitución al consumidor vulneraba sus derechos, igual que una cláusula distribuida en masa.

Se analiza en este mismo punto la imputación al consumidor de los gastos de constitución del seguro de daños, si bien el Tribunal entiende que esta repercusión no tiene transcendencia alguna puesto que el obligado al pago de la prima del seguro es el tomador y este es el consumidor y no la entidad bancaria. Además, se justifica su inclusión por

---

<sup>17</sup> 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

<sup>18</sup> Sentencia de Tribunal supremo 550/2000, de 1 de junio (RJ 2000/5090)

entender que el deber de conservación del bien incide directamente en la garantía real, puesto que el estado del bien es lo que garantiza el préstamo ante un hipotético impago.

Posteriormente estudia el reparto de gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento del consumo del pago del préstamo, así como el abono de los honorarios por los servicios de abogado y procurador contratados por el banco. Se parte de que los gastos derivados de un proceso judicial ya vienen determinados por la propia Ley, el reparto de estos se efectúa en función del principio de vencimiento objetivo, debiendo abonar las costas judiciales la parte perdedora, salvo que el tribunal considere lo contrario o declare el juicio sin costas. En los procedimientos de ejecución, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece que las costas serán a cargo del ejecutado, salvo que el ejecutante hubiese incurrido en algún defecto procesal no subsanado o no subsanable a la hora de interponer la demanda de ejecución o durante su procedimiento. Por lo que el juzgador entiende que la cláusula por la que se imponen estos gastos al consumidor es abusiva por ser contraria a las normas imperativas que establece la LEC, además de crear un claro desequilibrio entre las partes.

Desequilibrio este que también se pone de manifiesto al trasladar al consumidor el deber de abonar los honorarios de abogados, así como los aranceles de los procuradores. El tribunal en su sentencia explica como existen procedimientos en los cuales la ley no establece la intervención preceptiva de abogado y procurador, no es exigible este requisito a efecto de una correcta postulación en el procedimiento y, por tanto, estos gastos la ley los deja fuera de las costas procesales. El simple de hecho de que esta cláusula se los atribuya al prestatario acrecienta el desequilibrio, además de ser contrario a la propia LEC, lo que de facto comporta su nulidad.

Asimismo, el tribunal efectúa un correcto análisis de lo que en una negociación individualizada el consumidor podría llegar a valorar y lo que no cuando expone: «la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valer la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva» por lo que el consumidor no podría comprender la trascendencia, así como la carga real que le traslada esta cláusula.

Llegados a este punto, debemos de analizar la parte de la sentencia que es el centro de nuestro estudio: la imputación al consumidor del pago del impuesto de actos Jurídico-Documentados. La resolución analizada entró a conocer de esta cuestión antes de valorar los gastos procesales y demás, pero hemos considerado oportuno, por una cuestión dogmática, dejar para el final aquello que comporta el núcleo de nuestro estudio.

El Tribunal aborda el estudio de esta cuestión comenzando por un análisis legal del Real decreto Legislativo 1/1993 de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRLITPAJD), parte del artículo 8 que establece:

*Estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario:*

*a) En las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere.*

*b) En los expedientes de dominio, las actas de notoriedad, las actas complementarias de documentos públicos y las certificaciones a que se refiere el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, la persona que los promueva, y en los reconocimientos de dominio hechos a favor de persona determinada, ésta última.*

*c) En la constitución de derechos reales, aquél a cuyo favor se realice este acto.*

*d) En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario.*

*e) En la constitución de fianzas, el acreedor afianzado.*

*f) En la constitución de arrendamientos, el arrendatario.*

*g) En la constitución de pensiones, el pensionista.*

*h) En la concesión administrativa, el concesionario; en los actos y contratos administrativos equiparados a la concesión, el beneficiario.»*

Este precepto debemos de relacionarlo con el artículo 15 cuando dice:

*«1. 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.»*

Asimismo, hay que hacer referencia al artículo 29 de la misma norma:

*«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.»*

Antes de seguir avanzando en el estudio, debemos hacer referencia a la confusa técnica legislativa utilizada por el legislador a la hora de establecer el sujeto pasivo del impuesto de Actos Jurídicos-Documentados.

Siguiendo puramente con el análisis del Tribunal a tenor de los artículos del TRLITPAJD<sup>19</sup>, se establece que el banco, la entidad prestamista «no queda al margen de los tributos», sino que en la constitución del derecho y en la expedición de copias, actas y testimonios que solicite, será el sujeto pasivo. Por lo que la cláusula que traslada estas cargas al prestatario es nula de pleno derecho por abusividad, tal y como estableció el Alto Tribunal ya en su sentencia 842/2011 de 25 de septiembre, donde vino a decir que es nula «la imputación en exclusiva al consumidor de los tributos derivados de la transmisión» [...]

---

<sup>19</sup> Real decreto Legislativo 1/1993 de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

«por limitar los derechos sobre distribución de la carga tributaria previstos en la legislación fiscal»<sup>20</sup>

## 2.5) VALORACIÓN PERSONAL DE LA SENTENCIA

Como se indicó anteriormente en este apartado, la sentencia de 23 de diciembre no solo analizó los gastos de constitución de hipoteca desde la perspectiva de AJD, sino que abordó una serie de cláusulas abusivas que limitaban los derechos de los consumidores.

Lo primero a destacar es la claridad y la simplicidad con la que se ha desarrollado la misma. Resulta de agradecer que el Tribunal se tome la molestia de ordenar los conceptos a analizar de una manera sistemática.

Entrando ya puramente en el objeto del presente estudio, se debe valorar que la sala primera del Tribunal Supremo no es competente para conocer la materia de tributos; ese hecho hace que podamos afirmar que la sentencia no establece quien el sujeto pasivo del impuesto, sino que se limita a decir que el banco no queda al margen de la tributación del impuesto por entender que debe de hacer frente a diferentes cuestiones. En nuestra opinión se trata de una sentencia ciertamente valiente por querer colmar dudas interpretativas en relación con la determinación de la identidad del sujeto pasivo, todo siendo consciente de sus limitaciones competenciales por imperativo legal.

En atención a los criterios que establece, tenemos que destacar que la sentencia no aclara la identidad del sujeto pasivo, pero como se ha dicho en el párrafo anterior, muy valientemente deja claro que la entidad bancaria no es ajena a su pago, haciendo una interpretación muy simple del impuesto.

En materia de derechos de los consumidores y usuarios esta sentencia es muy importante porque considera que el banco debe de hacer frente a varios pagos de diferentes gastos que su repercusión al consumidor resulta abusiva.

Consideramos importante centrar este breve análisis en la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, no por ser nula la inclusión de este tipo de estipulaciones en el contrato, sino por considerar su abusividad desde la perspectiva de la generalidad de la cláusula. El préstamo con garantía hipotecaria es una figura jurídica que debe de ser analizada caso por caso, analizando el importe prestado, los plazos no abonados y demás. Podríamos decir que se trata de un negocio ciertamente complejo y que una cláusula que otorgue una facultad de vencimiento anticipado a la entidad bancaria sin discriminación alguna o bajo unos parámetros muy definidos, confiere a esa cláusula la categorización de abusiva.

Muy acertadamente el Tribunal Supremo descarta la acción de integración por parte del juzgador, por suponer, al igual que en la determinación de los intereses moratorios, un

---

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 842/2011 de 25 de noviembre, sala de lo civil (RJ/2012/576).

beneficio para la entidad bancaria, quien, encontrándose en una relación de asimetría, empleó e incluyó en el contrato, de una manera voluntaria y consciente, cláusulas nulas. Por lo que no cabe que, quien actúa bajo la máxima intención de vulnerar la legalidad, se beneficie de aquellas figuras jurídicas establecidas para favorecer a los consumidores.

### 3. SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 2018

#### 3.1) INTRODUCCIÓN

Tras la innovadora sentencia de 23 de diciembre de 2015, nos vemos obligados a realizar un breve estudio de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018.

La importancia de esta reside en que contradice lo anteriormente dicho el 23 de diciembre de 2015, esta discordancia abrió las puertas al recurso que años más tarde se presentaría y que daría como resultado la famosa sentencia de 16 de octubre de 2018.

#### 3.2) ANTECEDENTE DE HECHO DE LA SENTENCIA

En el año 2000 una consumidora suscribió en escritura pública un crédito con garantía hipotecaria con el Banco Herrero S.A. (actual Banco Sabadell)

Dentro del estudio que a nosotros nos importa respecto al clausulado, en concreto en la estipulación quinta se estableció lo siguiente:

*«Gastos a cargo del prestatario: La parte deudora asume el pago de los gastos de tasación del inmueble hipotecado, de todos los demás gastos y tributos derivados de esta escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, de los originados por cuantos otorgamientos sean precisos para que este documento tenga acceso al citado Registro y de los causados por las cartas de pago parcial o total del préstamo y por la cancelación de la hipoteca, así como de cuantos se ocasionen para exigir el cumplimiento de lo pactado o para la defensa por parte de Banco Herrero, de su crédito, comprendidos los de la interposición y la oposición a tercerías, incluidos los honorarios de Letrado y derechos de Procurador aunque su intervención no fuere preceptiva, la deudora asume la totalidad de los gastos de gestión y tramitación necesarios para la inscripción de la hipoteca»*

Posteriormente la consumidora interpuso demanda de juicio ordinario frente a la entidad de crédito, donde solicitó la declaración de nulidad de la mencionada cláusula, así como el reintegro de las cantidades abonadas. En primera instancia esta pretensión de declaración de nulidad de la cláusula mencionada fue desestimada por considerar que el abono de los gastos que en ella se contenía, correspondía exclusivamente al prestatario y que, por lo tanto, no había abusividad alguna. Llegados a la Audiencia Provincial mediante recurso de apelación, este órgano declaró nula la estipulación quinta a excepción de lo referente al pago de los tributos.

A la vista de esta estimación parcial del recurso de apelación, se recurrió en casación con un único motivo por haber infringido 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, así como la Sentencia 705/2015 anteriormente estudiada.

Dentro del recurso se alegó la abusividad de la cláusula por atribuir de manera indiscriminada todos los impuestos al consumidor, sin establecer distinción alguna e ignorando que, como mínimo, el banco es sujeto pasivo a los efectos de expedición de copias, actas y testimonios que solicite.

Sobre estos hechos muy brevemente descritos el tribunal entró a realizar la fundamentación jurídica para su análisis.

### **3.2) FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA**

Resulta interesante realizar un análisis comenzando por el Fundamento Jurídico cuarto donde el tribunal muy brevemente realiza una mención de los pronunciamientos anteriores que han tratado acerca de los gastos derivados de la constitución de hipoteca y de su imputación al consumidor.

Comienza mencionando la sentencia 550/2000 de 1 de junio<sup>21</sup>, que no hace referencia alguna a la transmisión de la carga tributaria al consumidor a través de las cláusulas del contrato, cuestión que abordaremos más adelante es este mismo apartado, tan solo encontramos una argumentación sobre los gastos notariales, los registrales y los bancarios.

En segundo lugar, menciona la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre<sup>22</sup> donde en su fundamento jurídico tercero vino a declarar, tal y como decía la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, como abusiva «la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional»<sup>23</sup>. El Tribunal analizó como se encontró ante una cláusula no negociada, predispuesta y para ser incluida en más contratos por lo que la declaró abusiva por «realizar una imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión». Es conveniente indicar que el impuesto que se estudiaba en el recurso de casación era el de Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana, comúnmente denominado como plusvalía, siendo el sujeto pasivo de este impuesto el vendedor del inmueble por haber obtenido un beneficio lucrativo por la acción urbanizadora del Ayuntamiento.

Llegados a este punto, el juzgador reflexionó acerca de la sentencia 705/2015, sobre la que ya hemos hablado. Diremos muy brevemente que valoró la falta de negociación individualizada a la hora de cargar sobre el consumidor los diferentes gastos e impuestos, concluyendo que, coma en ausencia de pacto, coma han de distribuirse entre

---

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 550/2000, de 1 de junio (sala de lo civil) RJ/2000/5090

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 842/2011 de 25 de noviembre (Sala de lo Civil, Sección 1º) RJ/2011/576

<sup>23</sup> ibidem

las partes. El mismo régimen se aplicaba cuando se pactaba la atribución en todo caso del pago de todas las tasas e impuestos al consumidor. Ante esta distribución de gastos tributarios, el Tribunal, con buen juicio, dice que corresponde a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, en concreto a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la determinación de quien debe o no debe ser sujeto pasivo del impuesto o de la tasa. Quedando únicamente para la jurisdicción Civil el estudio y la decisión de las posibles obligaciones derivadas de pactos entre las partes.

Posteriormente el Tribunal, en el Fundamento Jurídico Quinto, entró a valorar aquello que es el objeto de nuestro estudio «el impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídico-Documentados en los préstamos hipotecarios»

Centraremos nuestro análisis de este fundamento jurídico comentado en el punto segundo, donde el juzgador intenta establecer quién es el sujeto pasivo dependiendo si tenemos en cuenta el préstamo o la constitución de la hipoteca.

La Ley establece que, en la constitución de derechos reales, será sujeto pasivo del impuesto aquel a cuyo favor se realice el acto y que en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza lo será el prestatario.

Pues bien, como bien indica el Tribunal y como ya se expuso anteriormente, nos encontramos ante una situación ciertamente complicada, porque si atendemos exclusivamente a la hipoteca, el sujeto pasivo será la entidad acreedora de la hipoteca, la entidad bancaria. Pero, por el contrario, si atendemos exclusivamente al préstamo, la responsabilidad tributaria recaerá sobre el consumidor/prestatario. Esta complicación desaparece al establecer la misma Ley «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».

En el apartado tercero, haciendo uso de la jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo, en concreto de las sentencias de 19 de noviembre de 2001<sup>24</sup>, 20 de enero de 2004<sup>25</sup>, 14 de mayo de 2004<sup>26</sup>, 20 de enero de 2006<sup>27</sup>, 27 de marzo de 2006<sup>28</sup>, 20 de junio de 2006<sup>29</sup>, 31 de octubre de 2006<sup>30</sup>, 6 de mayo de 2015<sup>31</sup> y de 22 de noviembre de 2017<sup>32</sup>, vino a decir que es sujeto pasivo del impuesto el prestatario al establecerse una unidad de hecho imponible en torno al préstamo.

Resulta muy importante la reflexión que realiza el tribunal acerca de la constitucionalidad de la determinación de sujeto pasivo, puesto que existían dudas

---

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2001 RJ/2002/848.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004 RJ/2004/535.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2004 RJ/2004/492.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2006 RJ/2006/524.

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2006 RJ/2006/5262.

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 RJ/2006/7028.

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006 RJ/2006/7837.

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 RJ/2015/3079.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2017 RJ/2017/5100.

razonables entre la doctrina sobre si esta determinación pudiese ser contraria a los artículos 14, 31.1 y 47 de la Constitución Española. En concreto, el ponente menciona los autos del Tribunal Constitucional de 18 de enero de 2005<sup>33</sup> y de 24 de mayo<sup>34</sup> del mismo año.

El Tribunal Constitucional descartó cualquier presunta vulneración de la norma fundamental al entender que «es una opción de política legislativa válida desde el punto de vista constitucional que el sujeto pasivo de la modalidad de "actos Jurídicos-Documentados" lo sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal (en el impuesto sobre el valor añadido o en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados), tanto cuando se trata de préstamos con constitución de garantías (aunque la operación haya sido declarada exenta en ambos impuestos), como cuando se trata de constitución de garantías en aseguramiento de una deuda previamente contraída, pues en ambos supuestos se configura como obligado tributario de aquella modalidad impositiva a la persona que se beneficia del negocio jurídico principal: en el primer caso, el prestatario (el deudor real); en el segundo supuesto, el acreedor real (el prestamista)». De donde debemos de entender que es perfectamente válido, en opinión del Tribunal Constitucional, esta técnica legislativa elegida para determinar la identidad del sujeto pasivo.

Avanzando en la sentencia nos encontramos con un escueto análisis de la composición del impuesto ADJ.

- Un derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, de manera ilustrativa conviene decir que de media se establece entorno al 1%, aunque hay comunidades donde es del 0,5% como en Navarra y comunidades donde es del 1,5% como en la comunidad Valenciana<sup>35</sup>.
- Un derecho de cuota fija por los actos jurídicos documentados por la documentación del acto del préstamo con garantía, al hacerlo en escritura pública, correspondiente al timbre de los folios de papel, por este concepto el sujeto pasivo deberá abonar, tan solo unos céntimos de euro.

En esta sentencia encontramos como el juzgador valora la legalidad del artículo 68 del reglamento, amparándose en la reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que ya se ha ido mencionando a lo largo de este estudio, y de las del Tribunal Constitucional que han afirmado su constitucionalidad.

Termina la sentencia estableciendo que, a los efectos del pago de la cuota variable, anteriormente mencionada, será sujeto pasivo del impuesto el prestatario por virtud del artículo 69 del Reglamento del impuesto, mientras que en lo referente al pago de la cuota

---

<sup>33</sup> Auto del Tribunal Constitucional 24/2005 de 18 de enero (RTC/2005/24/AUTO).

<sup>34</sup> Auto del Tribunal Constitucional 223/2005 de 29 de mayo (RTC/2005/223/AUTO).

<sup>35</sup><https://www.rankia.com/blog/mejores-hipotecas/2574021-cuanto-pago-impuesto-actos-juridicos-documentados-ajd-comunidad-autonoma-formalizar-hipoteca> consulta el día 06/12/2018.

fija de deben de realizar matizaciones al efecto y distingue entre el abono por el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas.

La matriz corresponde al prestatario por los mismos motivos que corresponde la cuota variable del impuesto, salvo pacto entre las partes, dado que, como ambos contratantes comparten interés, resulta razonable pensar que el reparto de los gastos puede realizarse por mitades. Sin embargo, en lo referente a las copias deberá ser sujeto pasivo aquel que las solicite.

El Supremo estimó íntegramente el recurso. Sin embargo, en lo referente al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados estableció que «no cabe devolución alguna por las cantidades abonadas por la constitución del préstamo», debiendo el banco únicamente restituir las cantidades cobradas por el pago de las copias que hubiere solicitado.

### **3.3) VALORACIÓN PERSONAL DE LA SENTENCIA.**

Como hemos podido observar a largo de este capítulo, esta sentencia supuso un regreso hacia la concepción jurisprudencial tradicional, si bien es cierto que la sentencia de 23 de diciembre de 2015 no fue una ruptura total con el régimen anterior, si vino a introducir matices importantes.

A través de esta sentencia hemos comprobado cómo, muy oportunamente, el Tribunal reconoce su falta de competencia para determinar la identidad del sujeto pasivo del impuesto por tratarse de una competencia atribuida a la sala tercera del Tribunal Supremo, sin embargo y en nuestra opinión de una manera desacertada, fija que ha de ser el solicitante el que abone el timbre las copias. No consideramos equivocado su análisis, sino que entendemos que carece de competencia para variar la reiterada jurisprudencia de la sala tercera. Consideramos que debe de entrar a valorar la cuestión desde la óptica civilista, pero esta leve variación de la jurisprudencia resulta errónea, en nuestra opinión la sala de lo civil debía de haber analizado la abusividad apoyándose en la jurisprudencia existente en la Sala Tercera, sin introducir variación alguna sobre la misma, pues esta es competencia de la Sala Tercera y no de esta Sala Primera.

Como veremos en el capítulo siguiente, esta sentencia resulta de vital importancia para el futuro pronunciamiento de 16 de octubre de 2018, por haber mostrado contrariedad con la sentencia de 23 de diciembre de 2015 y haber abierto la puerta a la justificación del interés casacional tras la reforma que este recurso sufrió.

## **4. SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2ª**

En el presente capítulo abordaremos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la ya famosa sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2018, donde el Tribunal Supremo giró en su jurisprudencia tradicional, para establecer que el sujeto pasivo del impuesto jurídico AJD es la entidad bancaria y no el prestatario.

### **4.1) AUTO DE ADMISIÓN**

Como se indica en la propia sentencia, la sala de instancia tuvo por presentado el recurso de casación por auto de 11 de octubre de 2017<sup>36</sup> y la sección de la sala primera tuvo a bien admitirlo en fecha de 15 de enero de 2018, apreciando la concurrencia de interés casacional objetivo en este concreto supuesto. Los requisitos para poder apreciar la concurrencia de interés casacional en el caso concreto los encontramos recogidos en los apartados 2.a) y 2.c) del artículo 88 de la Ley de la jurisdicción de los Contencioso Administrativo.

En atención a los requisitos mencionados anteriormente, debemos de señalar, como hizo la ya famosa sentencia de 16 de octubre, que la admisión del recurso de amparo se dio para poder «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»

Es importante analizar este auto en clave de declaración de intenciones, como se ha ido viendo a lo largo del presente trabajo, la jurisprudencia dentro de la Sala Tercera del Alto Tribunal había sido constante, siempre se mantuvo una línea jurisprudencial clara y nada vacilante a la hora de determinar quién es el sujeto pasivo del impuesto. Ante tan clara doctrina, no cabría apreciar un interés casacional objetivo de no haber sido por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 2015, resolviendo el recurso 2658/2013, donde se determinó que «en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese» será sujeto pasivo la entidad financiera, de manera que si el banco trasladase esa carga tributaria al prestatario a través de una cláusula esta será abusiva, encontrándose dentro de la “lista negra” de cláusulas abusivas de los artículos 85 a 90 del Texto Refundido de la 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.

---

<sup>36</sup> Auto de admisión de 15 de enero de 2018 PROV/2018/19780.

La importancia este pronunciamiento lo encontramos en que mostró una interpretación jurisprudencial diferente a la que se había llevado hasta el momento. Este hecho hizo que el recurso tuviese interés casacional objetivo.

Posteriormente, en la sentencia 147/2018 de 15 de marzo<sup>37</sup>, el Pleno de la Sala de lo Civil reiteró la nulidad de esta cláusula mediante la cual el banco trasladaba, de manera indiscriminada y sin criterio o negociación alguna, al prestador el pago de los diferentes gastos de constitución de la hipoteca. En lo que respecta al pago del impuesto de Actos Jurídicos Documentados esta sentencia, como se ha indicado anteriormente, se hizo eco de los pronunciamientos de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, estableciendo que, en lo referente al sujeto pasivo del impuesto que estamos analizando es el prestatario, apoyándose en sentencias tales como las dictadas el 19 de noviembre de 2001<sup>38</sup>, el 20 de enero de 2004<sup>39</sup>, de 14 de mayo de 2004<sup>40</sup>, de 20 de enero de 2006<sup>41</sup>, de 27 de marzo de 2006<sup>42</sup>, de 20 de junio de 2006<sup>43</sup>, de 31 de octubre de 2006<sup>44</sup>, de 6 de mayo de 2015<sup>45</sup> y de 22 de noviembre de 2017<sup>46</sup>. De la lectura de todas ellas podemos deducir como se establece un único hecho imponible, una unidad del mismo, y, como consecuencia de ello, el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de marzo afirmó que el único sujeto pasivo posible es el prestatario por vía del artículo 8.d) en relación con el 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITPAJD).

Como podemos observar con esta sentencia se volvió a la línea jurisprudencial histórica del Tribunal Supremo, por lo que cabría afirmar que no existe tal interés casacional, máxime cuando estas sentencias contradictorias con la doctrina tradicional fueron dictadas por la sala de lo civil, cuando por todos es sabido que en lo referente a materia impositiva la sala competente para conocer es la sala tercera, la Sala de lo Contencioso Administrativo donde esta jurisprudencia era constante.

Debemos de tener en cuenta que la Ley establece al Tribunal Supremo como un ente propio, no hace distinción entre las diferentes salas, no existe un Tribunal Supremo de lo Civil, uno de Penal, uno de lo Contencioso, uno de lo Social y uno de lo Militar, sino que es único, pero que se encuentra compuesto por diferentes salas en función de la materia.

Teniendo en cuenta esta inexistencia de pluralidad de tribunales, es necesario afirmar esa pluralidad de criterios interpretativos con los que cuentan las diferentes salas

---

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 147/2018 de 15 de marzo RJ\2018\1241.

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2001 RJ/2002/848.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004 RJ/2004/535.

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2004 RJ/2004/492.

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2006 RJ/2006/524.

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2006 RJ/2006/5262.

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 RJ/2006/7028.

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006 RJ/2006/7837.

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 RJ/2015/3079.

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2017 RJ/2017/5100.

del Tribunal Supremo y, por lo tanto, es necesario, como establece el auto de admisión «precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial<sup>47</sup>», de lo contrario se estaría contribuyendo a favorecer e incentivar la inseguridad jurídica entre los ciudadanos, pues ante situaciones similares podrían obtener pronunciamientos diferentes dependiendo de quien fuese el juzgador y de los criterios que utilizase para interpretar el artículo 29 de la LITPAJD en relación con la condición de sujeto pasivo del sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria.

Gracias a la fundamentación expuesta por el auto de admisión, podemos afirmar que no nos encontramos ante un exceso por parte del Tribunal Supremo al aceptar la admisión del recurso, sino de un acto de legalidad ordinaria, puesto que constatada la existencia de pronunciamientos contrarios en las diferentes salas que forman el tribunal, se necesitaba dar una respuesta que agrupara esa jurisprudencia y de este modo «precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial<sup>48</sup>»

#### **4.2) ANTECEDENTE DE HECHO**

Es conveniente recordar que el recurso de casación se interpuso frente a la sentencia de fecha 19 de junio de 2017, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid.

El Tribunal Supremo en su sentencia trabaja sobre los siguientes hechos:

Se presentó autoliquidación exenta de actos jurídicos documentados, por la Empresa Municipal de la vivienda de Rivas Vaciamadrid, respecto de la escritura pública de constitución de préstamo con garantía real de hipoteca. Tras realizar una comprobación por la Oficina técnica de la inspección de Tributos de la Comunidad de Madrid, se comprobó que la superficie útil de la vivienda era menor a los 90 metros cuadrados, exigidos para poder acogerse a la exención del pago del impuesto, por lo que fue girada la liquidación correspondiente. Posteriormente por el TEAR se desestimó el recurso económico-administrativo, que defendía la exención. Una vez desestimada la reclamación económico-administrativa se interpuso recurso contencioso administrativo solicitando, además de la declaración de procedencia de la exención, la nulidad de la liquidación.

El recurso de instancia fue desestimado íntegramente. En primer lugar, tenemos que especificar que la pretensión de acogerse a la exención no fue aceptada por no cumplir las viviendas con la superficie exigida.

En lo relativo a su condición de sujeto pasivo, el tribunal valoró como, al autoliquidar el impuesto, asumía voluntariamente tal condición. Pero pasó a decir, como esta cuestión

---

<sup>47</sup> Auto de admisión de 15 de enero de 2018 PROV/2018/19780.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

ya había sido anteriormente resulta por Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006, donde se dijo:

*«(...) en las recientes sentencias de 20 de enero (RJ 2006, 524) y 20 de junio de 2006 (RJ 2006, 7028) , recursos de casación 693 y 2794/01 , ... recordando entre otras, a la sentencia de esta Sala Tercera de 19 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 848) (Recurso de casación núm. 2196/1996), dictada en un caso similar de concesión por una entidad de crédito a una empresa mercantil de un préstamo hipotecario, formalizado en escritura pública, "que la interpretación tradicional de esta Sala ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era y es único, y que, por tanto, la conclusión de su sujeción a AJD, hoy por hoy, es coherente, cualesquiera sean las tendencias legislativas que, en un futuro próximo, pudieran consagrar su exención en esta última modalidad impositiva, introduciendo la necesaria claridad en el sistema aplicativo de un impuesto, como el de AJD, que tantas dificultades encierra en su actual configuración, como ha hecho finalmente la Ley 14/2000, de 28 de diciembre (RCL 2000, 3029 y RCL 2001, 1566) , de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al añadir un nuevo apartado 18 al art. 45.I.B del Texto Refundido del ITP y AJD vigente de 24 de septiembre de 1993, aunque, obviamente, no sea de aplicación al caso aquí cuestionado.*

*En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD y en relación, asimismo, con el art.18 del Reglamento de 1981 (RCL 1982, 332, 1690) , hoy art. 25 del vigente de 29 de mayo de 1995 (RCL 1995, 1816) , que, por cierto, ya se refiere a la constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca»<sup>49</sup>.*

Como se puede observar, el razonamiento expuesto se centra en la concepción unitaria del hecho imponible, resultando de esta la determinación como sujeto pasivo del prestatario. En el mismo sentido, continua la sentencia, se han pronunciado en otras ocasiones diversas resoluciones, como son las 23 de noviembre de 2001<sup>50</sup>, 24 de junio de 2002<sup>51</sup>, de 14 de mayo de 2004<sup>52</sup> y la sentencia de 27 de marzo de 2006<sup>53</sup>. Resultando esta última la más importante para el juzgador por considerar dentro de esta ella la improcedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina planteado, por haber seguido el razonamiento jurisprudencial imperante. Además de la máxima legalidad por

---

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2006/7837.

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2001 (Sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2002/638.

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2002/8214.

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de de 14 de mayo de 2004 (Sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2004/4924.

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2006/5262.

haber seguido lo estipulado el artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, fijando que «cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

Tras mencionar este precepto reglamentario, el juzgador valoró la constitucionalidad o no del mismo, haciendo referencia a los autos del Tribunal Constitucional ya citados en el capítulo anterior (de 18 de enero<sup>54</sup> y de 24 de mayo de 2005<sup>55</sup>), entendiendo que no hubo vulneración alguna del derecho de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, ni de capacidad económica.

Con todos estos hechos, el Tribunal Supremo entró a valorar los fundamentos jurídicos que serán objeto de estudio a continuación.

### **4.3) FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA.**

Dada la importancia de esta sentencia, así como del revuelo que generó su fallo, resulta necesario efectuar un análisis pormenorizado de la fundamentación jurídica, un estudio más exhaustivo de los que se han efectuado con las anteriores sentencias estudiadas, puesto que a través de esta se produce una ruptura con la jurisprudencia tradicional, entendemos necesario el siguiente análisis.

#### **4.3.1) Auto de Admisión**

Al inicio de este capítulo se expresó de una manera razonada como este auto fue una verdadera declaración de intenciones del juzgador al señalar la necesidad de «precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente» en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantías hipotecaria.

Muy brevemente, vamos a señalar literalmente las cuestiones contenidas en el Auto de Admisión<sup>56</sup> por las que el recurso fue admitido:

*"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*

---

<sup>54</sup> Auto del Tribunal Constitucional 24/2005 de 18 de enero (RTC/2005/24/AUTO).

<sup>55</sup> Auto del Tribunal Constitucional 223/2005 de 29 de mayo (RTC/2005/223/AUTO).

<sup>56</sup> Auto de Admisión del Recurso de Casación (PROV 2018/19780).

*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 (RJ 2015, 5714) , 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 (RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372) y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE de 30 de noviembre), calificándola de abusiva, al considerar que, al menos en lo que respecta a la modalidad actos jurídicos documentados del ITPAJD, es sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho la entidad prestamista, en cuanto adquirente del derecho real de hipoteca, que es lo que verdaderamente se inscribe, y, en todo caso, porque las copias autorizadas se expiden a su instancia y es la principal interesada en la inscripción de la garantía hipotecaria"*

Sin embargo, está sentencia a la que hace referencia el auto de admisión fue posteriormente corregida por las anteriormente estudiadas de 15 de marzo de 2018. Las cuales, como se ha indicado anteriormente, fueron contrarias a lo dispuesto en este auto de admisión y que, muy brevemente, pasamos a extractar literalmente:

*"(...) 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 (RCL 1995, 1816) , 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 (RJ 2004, 535). 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 (RCL 1989, 2555) , 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 (RJ 2016, 3229) ).*

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

Como se puede observar a través del texto transpuesto, a los únicos efectos de facilitar la comprensión del lector, en lo referido a la contradicción entre sendas decisiones de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el ahora juzgador entendió que está vuelta a la jurisprudencia tradicional no supone por sí misma un impedimento al análisis sobre el fondo que fue admitido por el recurso. Es más, era exigible que los magistrados analizaran la norma aplicable para comprobar si la doctrina existente en ese momento debía de ser, precisada, aclarada, matizada, corregida o ratificada.

#### **4.3.2) Configuración legal del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, modalidad documentos notariales.**

El artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, determina literalmente que «será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan». El tribunal en este Fundamento Jurídico Tercero, realiza una crítica a la técnica legislativa empleada por el legislador, la misma que realizamos nosotros al comienzo de este trabajo y que ocasiona una gran confusión a la hora de determinar legalmente quien debe de ser el sujeto pasivo del impuesto.

Desde el momento en que el precepto legal referencia al adquirente como sujeto pasivo, se produce un error, al no corresponder esta descripción con el hecho impositivo, dado que el gravamen respecto de su aspecto formal reside en el propio documento.

Cuestión diferente la encontramos desde la definición de adquirente dentro de un negocio jurídico traslativo único, tratándose de dos negocios jurídicos o de dos figuras, mejor dicho, un préstamo y una garantía real. Esta concepción unitaria a efectos de tributación no recibe, como el aspecto formal, un crítica desfavorable por considerarla errónea, sino por la enorme dificultad que introduce en esta determinación de identidad del sujeto pasivo.

#### **4.3.3) El sujeto pasivo del impuesto en las escrituras de préstamos con garantía hipotecaria en la normativa vigente y en la jurisprudencia.**

Como se ha ido indicando a lo largo del presente trabajo, la configuración legal de los efectos tributarios del préstamo con garantía hipotecaria se realiza de una manera unitaria, tal y como lo ha ido estableciendo la jurisprudencia a lo largo del tiempo a través de lo que han determinado como “unidad del hecho imponible”.

Esta concepción unitaria es de vital importancia en la sentencia que ahora estamos estudiando, pues el Tribunal Supremo se cuestiona la misma.

Nos encontramos con un acto jurídico ciertamente complejo por integrar dentro del mismo el negocio traslativo del préstamo y una garantía real que ha de constituirse mediante escritura pública, como requisito ad constitutionem. Partiendo de estas dos figuras jurídicas, el Tribunal manifiesta como nos encontramos ante dos adquirentes uno del préstamo y otro de la garantía real (hipoteca). Centrándonos únicamente en el adquirente del préstamo, como la jurisprudencia tradicionalmente ha venido haciendo, encontramos tres motivos de peso para determinar que el responsable efectos de tributación es el prestatario.

En primer lugar, la determinación como negocio principal del préstamo y la condición de accesoriedad de la hipoteca hacen que «la parte principal del negocio complejo desplace a la accesoría».

En segundo lugar, vemos que cuando el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su artículo 15, regula la tributación por transmisiones patrimoniales, establece que se tributara única y exclusivamente en concepto de préstamo y no por el concepto de hipoteca.

En tercer y último lugar, nos encontramos con que en el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados donde expresamente se establecía, y decimos establecía porque el mismo fue modificado nada más publicar esta sentencia que ahora estamos estudiando, que «en las escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario». En este punto, el Tribunal indica que esta expresión no aparece en lugar alguno, dejándonos ver que pueda tratarse de un reglamento extralegem, como más adelante veremos.

#### **4.3.4) La necesidad de modificar la jurisprudencia sobre el sujeto pasivo del impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria.**

La sentencia parte en su fundamento jurídico quinto reconociendo la «solidez de la jurisprudencia actual», sin embargo, manifiesta la necesidad de corregir la misma por entender que el sujeto pasivo es el acreedor hipotecario, dado se eleva a escritura pública la hipoteca en interés de la entidad financiera.

Lo primero que hace es manifestar su contrariedad respecto de la alegación de que los artículos 8 y 15 del Texto Refundido fijan la tributación en concepto de préstamo, dado que estos preceptos se encuentran dentro del Título I que regula exclusivamente transmisiones patrimoniales, por lo que la misma no es aplicable a la tributación por Actos Jurídicos Documentados, puesto que para que esto hubiese sido posible, debía de haberse incluido dentro del Título Preliminar que afecta a todos los impuestos contenidos en la Ley. Entiende el juzgador que, si la voluntad del legislador hubiese sido la de que por Actos Jurídico-Documentados se tributase exclusivamente en concepto de préstamo, lo hubiese establecido expresamente.

Entrando propiamente en las razones que llevaron al Tribunal Supremo a modificar su criterio tradicional, debemos de basar el razonamiento en tres motivos. El primero referido al requisito de inscribibilidad, el segundo a la configuración leal de la base imponible del impuesto y el tercero basado en el artículo 29 del Texto Refundido, ya mencionado anteriormente.

Comenzaremos el análisis partiendo del requisito de inscribibilidad. Dada la obligatoriedad de inscripción del préstamo con garantía hipotecaria en el registro de la propiedad, el acto no puede tributar por transmisiones patrimoniales. Ciertamente y atendiendo a la Ley hipotecaria<sup>57</sup>, en concreto a su artículo 2º, observamos como el préstamo no se encuentra entre los actos inscribibles en el registro.

En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:

*«Primero. Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.*

*Segundo. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.*

*Tercero. Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.*

---

<sup>57</sup> Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

*Cuarto. Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.*

*Quinto. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.*

*Sexto. Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos»*

Como podemos observar, en ningún caso cabe la inscripción del préstamo como tal, dado que no es un derecho real, ni tiene una transcendencia real atípica. En cambio, si atendemos al concepto y a la naturaleza jurídica de la hipoteca, esta es inscribible por tratarse de un derecho real, que, obligatoriamente y como se ha indicado anteriormente, ha de constituirse mediante el otorgamiento de escritura pública. En concreto, el Código Civil (CC) en su artículo 1.280, establece esa necesidad de inscribir la hipoteca en el registro de la propiedad para que quede válidamente constituida. En base a todo lo expuesto, el Tribunal determinó como «no tendría sentido someter a gravamen un negocio jurídico no inscribible solo por la circunstancia de que exista un derecho real accesorio constituido en garantía» del mismo y para su cumplimiento. La hipoteca es el único acto inscribible en el registro de la propiedad, de los dos que integran nuestro supuesto, siendo esta inscripción la «condictio iuris» de sujeción al impuesto, por lo que resulta razonable que se tribute en concepto de hipoteca y no de préstamo, como se venía estableciendo hasta el momento.

Respecto del segundo de los argumentos, el contenido material del documento que grava el tributo, la base imponible del mismo se establece en el artículo 30.1 del Texto Refundido, siendo esta «el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses indemnizables, penas por incumplimiento u otros conceptos». Atendiendo a este método de determinación de la base imponible, vemos como el legislador la ha configurado en torno a la hipoteca, más aún cuando vemos que los intereses solo son exigibles por su inclusión en el documento público. El juzgador también analizó este artículo 30.1 desde otro punto de vista, el de la capacidad contributiva, se pone de manifiesto que no es la capacidad contributiva del prestatario la que se grava, sino la de la entidad financiera o prestamista, por ser el interesado en realizar esta inscripción en el registro para que la hipoteca pueda ser constituida y, de esta manera, garantizar el préstamo ante un eventual incumplimiento del prestatario.

Llegamos, pues, al último de los argumentos del Tribunal Supremo en este fundamento jurídico Quinto para determinar la identidad del sujeto pasivo de Actos Jurídico-Documentados, el análisis del contenido literal del artículo 29 del Texto Refundido, «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».

Comenzamos analizando la dicción “en su defecto” y establece el tribunal que debe de aplicarse cuando la determinación no solo sea imposible, sino cuando también sea dificultosa. El concepto de interés es un indicador de la capacidad económica que determina la identidad del sujeto pasivo del impuesto, además de que aquella persona que ostenta un interés es quien solicita la expedición de la escritura pública.

Dada la dificultad para establecer un solo adquirente del bien o derecho en este negocio jurídico, puesto que podríamos identificar dos, el prestatario y la entidad financiera, debemos de prescindir de este concepto de adquirente y atender al de interesado, en base a esta argumentación al Tribunal no le cabe la menor duda de que el beneficiario de la inscripción es el acreedor hipotecario, el banco, dado que solo este puede ejercer las acciones de los derechos inscritos y solo a él interesa que esta inscripción se efectúe. Por lo que resulta razonable que el sujeto pasivo del impuesto sea el banco y no el deudor.

Acaba el juzgador su fundamentación restando importancia a que en el artículo 68 del Reglamento se considere adquirente al prestatario, puesto que, si tal determinación hubiese sido la intención del legislador, lo hubiese hecho de manera expresa en el Texto Refundido, dado que le hubiese sido muy sencillo, al igual que hizo para transmisiones patrimoniales, establecer tal disposición en el articulado normativo. Por lo que esta regulación reglamentaria resulta un exceso reglamentario «que hace ilegal la previsión contenida en el mismo». Termina el Tribunal declarando esta ilegalidad.

#### **4.4) VALORACIÓN PERSONAL DE LA SENTENCIA.**

Como hemos podido observar a lo largo del presente capítulo, esta sentencia cambió radicalmente la jurisprudencia existente hasta la fecha. Aunque no se ha mencionado en el estudio, la decisión no fue unánime. Esta inexistencia de unanimidad no es más que un reflejo de la confusión que generaba la redacción a la hora de determinar la identidad del sujeto pasivo del impuesto de Actos Jurídicos-Documentados. No se ha analizado el voto particular emitido por el magistrado disidente, puesto que del estudio del mismo así como de los votos particulares a las sentencia del Pleno, que posteriormente analizaremos, se podría elaborar un nuevo trabajo individual, asimismo el razonamiento expuesto por este magistrado disconforme se estudiará a la hora de valorar el pronunciamiento del Pleno.

Valoración aparte merece, en nuestra opinión, la declaración de intenciones que realiza en el auto de admisión del recurso contencioso administrativo, mostrando una gran independencia judicial, fuertemente marcado por el dial de justicia que todo operador jurídico. Con esta manifestación no se pretende dudar de la independencia judicial de los magistrados que posteriormente volvieron al criterio tradicional, sino resaltar que en los magistrados reside esa necesidad de estudiar y analizar las cuestiones que generan disputa entre los ciudadanos. Esa necesidad de resolver las dudas que el legislador, en ocasiones, genera.

Entrando propiamente en la cuestión central de la sentencia, la determinación como sujeto pasivo del acreedor hipotecario, personalmente consideramos correcto el razonamiento jurídico efectuado por los magistrados a la hora de determinar quién ha de pagar el impuesto.

En primer lugar, respecto al requisito de inscribibilidad, no cabe duda de que el préstamo en si no es inscribible en el registro de la propiedad, puesto que no es subsumible en ninguno de los supuestos permitidos, no se trata de un derecho real, ni siquiera de un derecho real atípico. Por el contrario, la garantía hipotecaria si es un derecho real y por lo tanto inscribible en el registro. Aunque en realidad y como la doctrina ha venido determinando, nos encontramos ante dos figuras jurídicas que tributan mediante un concepto unitario, tan solo en concepto de préstamo. Entendemos que este pensamiento tradicional es erróneo, carece de sentido atribuir la obligación de pago a un sujeto por ser titular de un acto no inscribible en el registro de la propiedad, máxime cuando lo que se grava es la inscripción en este.

Respecto de la forma en que se configura su base imponible, tenemos que aceptar el razonamiento que realiza el Tribunal, dado que la base imponible se cuantifica de una manera que refleja la capacidad económica del acreedor hipotecario, puesto que lo que grava es la cantidad asegurada, así como los intereses ante un eventual incumplimiento.

La base imponible se calcula desde la perspectiva del acreedor hipotecario y no desde el prestatario, como se vino entendiendo tradicionalmente. Lo más importante es que los tributos gravan capacidad económica, capacidad esta que con la descripción legal del impuesto se manifiesta tan solo en el acreedor hipotecario, en la entidad de crédito o en el banco.

En último lugar, respecto al tenor literal de la redacción del artículo 29, nuevamente tenemos que destacar la confusa redacción que realizó el legislador. Partiendo de la consideración del sujeto pasivo, atendiendo al concepto de adquirente no podemos determinar de una manera simple quien es el sujeto pasivo, puesto que al tratarse de un negocio jurídico complejo o, mejor dicho, de dos negocios jurídicos diferenciados, estaríamos ante dos posibles adquirentes del derecho. Si atendemos al préstamo, sería el prestatario, mientras que, si atendemos a la hipoteca sería es prestamista, el banco, resultando esto confuso, debemos de atender al segundo concepto el de interesado.

Tenemos que preguntarnos a quién beneficia la inscripción de la hipoteca en el registro de la propiedad y resolvemos esta pregunta partiendo del análisis anterior, para que la hipoteca exista se debe de inscribir en el registro de la propiedad. Si la hipoteca no existe, el acreedor hipotecario no puede ejercer las acciones privilegiadas que esta figura le confiere y, por lo tanto, el único interesado en que la hipoteca se inscriba es la entidad de crédito o bancaria.

Por lo tanto, si no podemos definir clara, e inequívocamente, un único adquirente, debemos de atender a la consideración de interesado para una correcta identificación del sujeto pasivo del impuesto. Resultando serlo el acreedor hipotecario.

Respecto a la decisión de declarar ilegal el artículo 68 del Reglamento, concretamente cuando se establece esa consideración de tributación en concepto de préstamo, la encontramos correcta. El texto Refundido establecía que, cuando se tratase de transmisiones patrimoniales, se tributaría en concepto de préstamo, pero no determinaba lo mismo para el impuesto de AJD. De haber querido el legislador que para el impuesto de AJD se tributase de igual forma que para Transmisiones Patrimoniales, lo hubiese establecido de manera expresa, por lo que entendemos que nos encontramos ante un reglamento extra legem y, por lo tanto, su declaración de ilegalidad resulta correcta desde una perspectiva administrativista.

Por todo lo expuesto debemos de manifestar nuestra conformidad con el pronunciamiento judicial, con esta decisión de cambio jurisprudencial que considera sujeto pasivo del impuesto al acreedor hipotecario y no al prestatario. Debemos de indicar que esta opinión no se realiza bajo criterios subjetivos, si bien toda valoración puede tener alguna connotación personal, esta se ha mostrado analizando criterios puramente jurídicos, abstrayéndose del ruido que los medios de comunicación y los sectores afectados han hecho en los últimos meses.

## 5. SUSPENSIÓN DE LA SENTENCIA.

Tras el anuncio del fallo de la sentencia de 16 de Octubre de 2018, anteriormente estudiada, el presidente de la sala Tercera, don Luis María Díez-Picazo, hijo de Luis Díez-Picazo, emitió la siguiente nota informativa.

### **«NOTA INFORMATIVA DEL PRESIDENTE DE LA SALA TERCERA**

*Dado que la sentencia nº 1505/2018 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, relativa al sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, supone un giro radical en el criterio jurisprudencial hasta ahora sustentado y habida cuenta, asimismo, de su enorme repercusión económica y social, el Presidente de la Sala ha acordado, con carácter urgente:*

**Primero.-** *Dejar sin efecto todos los señalamientos sobre recursos de casación pendientes con un objeto similar.*

**Segundo.-** *Avocar al Pleno de la Sala el conocimiento de alguno de dichos recursos pendientes, a fin de decidir si dicho giro jurisprudencial debe ser o no confirmado.»*

Tras la emisión de la nota informativa se produjo un enorme revuelo en la sociedad española. La bolsa respiró después de las caídas que se habían producido tras el conocimiento del fallo de la sentencia de cambio, por el contrario desde la posición del consumidor esta nota informativa supuso un jarro de agua fría, puesto que esta nota dejaba en el limbo la aplicación de la decisión del Tribunal Supremo.

Resulta necesario hacer una pequeña reflexión sobre el descredito que el poder judicial ha sufrido tras la emisión de la nota, y sobre como el ciudadano se ha sentido aún más distanciado con los operadores jurídico, pensando que los mismos tan solo defienden los intereses un sector muy pequeño y no de la generalidad de las personas.

Respecto de la independencia judicial, debemos de seguir creyendo en nuestro sistema democrático y de derecho, puesto que es uno de los pilares de nuestra democracia. Como se ha visto a lo largo del presente trabajo y como seguiremos viendo, la determinación del sujeto pasivo en el impuesto de Actos Jurídico-Documentados es una cuestión controvertida y de gran repercusión en nuestro estado, puesto que se llegó a estimar que una retroactividad total supondría el pago de más de 26.000 millones de euros. Por ello, que el Presidente de la sala avocase al Pleno la decisión sobre esta determinación, por sí sola no ofrece un descredito a la institución, sino que muestra la

necesidad de ofrecer una decisión consensuada por todos los magistrados que la componen.

## 6. SENTENCIA 1669/2018 DEL TRIBUNAL SUPREMO<sup>58</sup>

Conviene indicar que, aunque en el presente capítulo se centrará el estudio en la sentencia 1669/2018, las conclusiones del mismo se extienden a los pronunciamientos n.º 1670/2018 y 1671/2018, por ser ambas coincidentes en cuanto a razonamientos jurídicos se refiere.

### 6.1. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA SENTENCIA.

A continuación, resumiremos muy brevemente los antecedentes de hecho, puesto que los mismos ya fueron indicados a lo largo del presente trabajo.

Comienza la sentencia describiendo como la resolución anterior de 18 de septiembre de 2017 desestimó el recurso promovido por la empresa municipal de Rivas-VaciaMadrid, donde se recurría la dictada por el Tribunal Económico Administrativo de 7 de julio de 2016. En todo el procedimiento se recurrían las liquidaciones provisionales efectuadas por la oficina liquidadora de Alcalá de Henares en concepto del impuesto sobre Actos Jurídico-Documentados, tras haber realizado la autoliquidación donde se declaraba la exención del impuesto.

Una vez presentado el recurso de casación y por auto de 24 de enero de 2018, se admitió el mismo estableciendo el siguiente interés casacional:

*«Precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencia existente en torno al artículo 29 del texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (RCL 1993, 2849, en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria»<sup>59</sup>*

Se indica como «por acuerdo del Excmo. Sr. Presidente de la Sala Tercera de 22 de octubre de 2018 se ha avocado el presente recurso de casación al pleno» anteriormente ya hemos señalado y comentado el comunicado del Presidente de la Sala

*«Primero.- Dejar sin efecto todos los señalamientos sobre recursos de casación pendientes con un objeto similar.*

*Segundo.- Avocar al Pleno de la Sala el conocimiento de alguno de dichos recursos pendientes, a fin de decidir si dicho giro jurisprudencial debe ser o no confirmado.»*

Comentamos el comunicado y no el acuerdo, por ser coincidentes en cuanto a contenido y por ser el primer hecho que tuvo noticia la opinión pública y los juristas en relación con este pronunciamiento de avocación y suspensión.

---

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1669/2018 de 27 de noviembre (sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Pleno) JUR2018/319008

<sup>59</sup> Auto de admisión de 24 de enero de 2018 PROV/2018/19780.

## 6.2 FUNDAMENTOS DE DERECHO

A continuación, se pasa a analizar la fundamentación jurídica de tan importante pronunciamiento, destacamos su magnitud, no solo por la repercusión social que conllevó, sino por su transcendía jurídica puesto que conllevó una modificación de la configuración del impuesto por vía de Decreto, como más adelante estudiaremos.

### 6.2.1 Primero; sobre la avocación al Pleno de los recursos 1049/2017, 1653/2017 y 5911/2017.

La avocación al pleno de los asuntos aparece regulada en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>60</sup> «podrán ser llamados, para formar Sala, todos los Magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de Justicia.» así como en el 264.1 de la misma Ley « Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales, especialmente en los casos en que los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala o Tribunal sostuvieren en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales. A esos efectos, el Presidente de la Sala o Tribunal respectivo, por sí o a petición mayoritaria de sus miembros, convocará Pleno jurisdiccional para que conozca de uno o varios de dichos asuntos al objeto de unificar el criterio.»

También encontramos previsión legal en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su artículo 92.7 «Cuando la índole del asunto lo aconsejara, el Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de oficio o a petición de la mayoría de los Magistrados de la Sección antes indicada, podrá acordar que los actos de vista pública o de votación y fallo tengan lugar ante el Pleno de la Sala.»

De todos los artículos anteriores podemos concluir que el Presidente de la sala por decisión propia puede avocar al pleno un asunto, para que sea este órgano quien resuelva, por una cuestión de unificación de criterios o porque la transcendencia del asunto así lo aconseje. En el caso ante el que nos encontramos, el presidente avocó al pleno considerándolo necesario para la administración de justicia, a la vista de la cuestión litigiosa suscitada en dicho recurso, dado que poseía una transcendencia general lo que justificó la deliberación por la sala.

Resulta conveniente indicar que de los preceptos legislativos comentados no se ha desprendido una limitación temporal para que el presidente avoque al pleno el

---

<sup>60</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

conocimiento y decisión sobre el asunto en cuestión. En el presente caso resulta cuestionable socialmente el hecho de que la avocación se haya decidido una vez que el asunto ya tenía una sentencia consensuada por tres magistrados. Sin embargo, dado que no existe tal limitación, la decisión del Presidente, don Luis María Díez-Picazo, es correcta y conforme a derecho.

### **6.2.2 Segundo.- Sobre las circunstancias concurrentes en los recursos avocados a Pleno.**

La doctrina del Tribunal Supremo desde 1988 ha sido constante, atribuyendo, pese a los cambios legislativos, al prestatario la obligación de pago del impuesto de Actos Jurídico-Documentados. Del mismo modo, la jurisprudencia de la sala civil en 2018 había mostrado su armonía con las decisiones de la sala tercera del Tribunal, en la constitución de la hipoteca como garantía de un préstamo siendo el prestatario el sujeto pasivo del impuesto.

Comienza el Tribunal indicando como en las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre (se ha analizado solo la de 16 de octubre por ser todas coincidentes) se consideró al prestamista como sujeto pasivo del impuesto sin que la legislación hubiese variado para llegar a esta determinación, teniendo este gran cambio una gran trascendencia «económica y social»<sup>61</sup>, justificando así su avocación al pleno de la Sala Tercera. El Pleno debemos de entenderlo como el “órgano” supremo de interpretación del ordenamiento jurídico contencioso administrativo, por lo que resulta convincente que sea este órgano el que confirme este giro jurisprudencial tan importante.

Destaca este pronunciamiento como la decisión del pleno jurisdiccional no afecta al fallo de las sentencias del mes de octubre, sino que lo que se logra es la fijación definitiva de la jurisprudencia para la determinación del sujeto pasivo. Por lo que podemos afirmar que no nos encontramos ante un acto revisorio de los pronunciamientos judiciales de los recursos anteriormente mencionados, los cuales ya tienen la condición de cosa juzgada.

Como se vio en los precedentes que a continuación se transcriben literalmente, el hecho de que el pleno decida sobre un asunto no es algo insólito, sino que podemos afirmar que tiene un carácter ordinario ante determinadas situaciones, «como lo son la determinación de cuestiones procesales comunes a las diversas secciones, existencia de jurisprudencia contradictoria entre secciones, resolución de controversias de gran trascendencia jurídica o social, criterio de una sección que diverge de precedentes jurisprudenciales en asuntos transversales o de gran relevancia jurídico o social».

*«Las sentencias de Pleno de 28 de junio de 1994 (RJ 1994, 5050) (Rec 7105/1992), sobre nombramiento de Fiscal General del Estado, de 30 de noviembre de 2007 (RC*

---

<sup>61</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1669/2018 de 27 de noviembre (sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Pleno) JUR2018/319008

*7638/2002), en relación con la retroacción de actuaciones a la Sala de instancia en materia de derecho autonómico, y de 8 de octubre de 2015 (RJ 2015, 6303) (RC 406/2014), en relación con el orden de escalafonamiento en oposiciones a la carrera judicial; los Autos del Pleno de 5 de marzo y de 11 de julio de 2013 que resolvieron sobre discrepancias en la fijación de los derechos de Procurador. El Auto de 5 de marzo de 2013 recayó en el TPR, es decir trámites posteriores a la resolución, 2742/2010-0081 y el Auto de 11 de julio de 2013 recayó en el TPR/2495/2009/0081 sobre sentencias de la Sección Segunda de 13 de enero de 2012 (Casación 2742/2010) y de la Sección Cuarta de 1 de marzo de 2011 (RJ 2011, 1879) (Casación 2495/2009).»<sup>62</sup>*

En este caso fue el Pleno quien decidió sobre la cuestión litigiosa dada su transcendencia.

### **6.2.3.- Tercero; Sobre la jurisprudencia emanada del Pleno de la Sala.**

Avanza la Sentencia argumentado que, tras la publicación de las resoluciones del mes de octubre podría parecer innecesario valorar una discrepancia doctrinal que ya había sido resuelta por haberse sentado una nueva jurisprudencia.

Se destaca en este apartado, como el nuevo recurso de casación está basado en el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y no hay nada en esta nueva redacción que modifique o altere de alguna manera el valor de la jurisprudencia ni su permanencia ni su posibilidad de modificación. Por lo que entendemos que en tanto que persista ese interés casacional objetivo está fundamentada la nueva sentencia.

No se debe olvidar que la propia doctrina supone una prevalencia sobre la variabilidad en la composición de los órganos judiciales y que la modificación de la jurisprudencia requiere de una fundamentación suficiente, para poder preservar y no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. A este respecto el Tribunal entiende y expone que las sentencias de octubre de 2018 están suficientemente motivadas. Dando así cumplimiento a lo requerido por el Tribunal Constitucional el 18 de octubre de 2010<sup>63</sup>, pero no en lo que «respecta a la justificación del cambio».

Respecto del derecho a la igualdad en aplicación de la Ley, evidencia el pronunciamiento que no hay identidad de órgano entre el Pleno y la secciones, por lo que una decisión del Pleno prevalece respecto de cualquier Sección, dada su identidad orgánica diferente, quedando de esta manera justificada la igualdad en aplicación de la Ley como exige la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de marzo de 2015.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1669/2018 de 27 de noviembre (sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Pleno) JUR2018/319008

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2010, de 18 de octubre RTC 2010/66

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2015 de 2 de marzo RTC/2015/40

Destaca también la sentencia como el mantenimiento de un cambio de criterio o su vuelta al anterior es legítimo constitucionalmente cuando de cambio de criterio es acogido con «vocación de generalidad» para, de este modo, poder ser seguido por los sucesivos pronunciamientos de las diferentes secciones. Por lo que, a través de la avocación al Pleno de este conocimiento, se evita que en el futuro existan rupturas de esta homogeneidad de criterios. Los magistrados destacan que, «lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley son los cambios irreflexivos o repentinos en la aplicación de las normas», situación está ante la que no nos encontramos y que ya fuere aclarada por el presidente de la Sala Tercera, cuando decidió avocar al pleno la resolución de las Sentencias.

En este mismo fundamento jurídico se analiza el propio significado de la jurisprudencia, la cual, por aplicación del artículo 1.6 del Código Civil, complementa el ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, analiza el Tribunal, tiene una connotación de continuidad, como se dijo anteriormente, por encima la reposición de sus propios miembros para poder, de esta manera, asegurar el principio de seguridad jurídica del artículo 24 de la Constitución Española, así como la confianza legítima. En base a lo anterior, un cambio jurisprudencial se debe de fundamentar más cuanto mayor ha sido su tiempo de aplicación y no debemos de olvidar que la designación del prestatario como sujeto pasivo del impuesto data de 1988, por lo que son 30 años de reiterada jurisprudencia al efecto, la cual no cambió ni con la modificación legislativa de 2001.

Con esta afirmación no se niega la posibilidad cambiar los criterios jurisprudenciales, pero se debe de fundamentar en un cambio legislativo. Puesto que, si lo basamos tan solo en criterios de discrepancias interpretativas, nos llevaría a situaciones de arbitrariedad como consecuencia del cambio de los miembros de los órganos colegiados. Por lo que, afirman los magistrados que: «basar un cambio jurisprudencial en la mera discrepancia con criterios interpretativos previos de las mismas normas jurídicas sin más apelación que al disenso subjetivo con la interpretación anterior y con la sola invocación del principio de legalidad, que avala del mismo modo tanto a la jurisprudencia existente previamente como a la que se pretende establecer»<sup>65</sup>, justificando de este modo que el criterio utilizado para modificar la jurisprudencia a través de las sentencias de octubre de 2018, no es el adecuado.

#### **6.2.4.- Cuarto; Sobre el recurso de casación interpuesto por Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas-Vaciamadrid S.A.**

En el escrito de preparación la empresa Municipal de la Vivienda de Rivas-Vaciamadrid justificó el interés casacional objetivo del recurso en las discrepancias con las

---

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1669/2018 de 27 de noviembre (sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Pleno) JUR2018/319008

sentencias anteriores, en concreto con la de la Sala de lo civil de 23 de diciembre de 2015, por la cual el banco debe de asumir el pago de algunos tributos, en concreto en lo que respecta «al impuesto de actos jurídicos-documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese». Como ya se ha mencionado anteriormente, por auto de 24 de enero fue admitido el recurso de casación, fundamentando el interés casacional en la necesidad de «aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina existente en torno al artículo 29 del texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria», debiéndose interpretar el artículo 68 del Reglamento.

Respecto a las alegaciones manifestadas por de la empresa Municipal de la vivienda de Rivas Vaciamadrid, argumentó la infracción del artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, al entender que es sujeto pasivo del impuesto quien solicita la expedición de la primera copia o aquella persona a cuyo interés se expida. Posteriormente argumentó que los artículos 8 y 15 del Texto Refundido no podían ser de aplicación al supuesto puesto que los mismos están desarrollados para su aplicación en supuesto de transmisiones patrimoniales y no en Actos Jurídicos Documentados, del mismo modo alegó que el artículo 29 ha de interpretarse entendiendo que el sujeto pasivo tiene que ser el adquirente del derecho que es, quien insta la expedición de la primera copia. En base a esta argumentación el recurrente fundamentaba la ilegalidad del artículo 68.2 del Reglamento.

Posteriormente, añadió que la hipoteca tiene carácter esencial y no accesorio, puesto que de eliminarse la misma no existiría impuesto alguno.

Por todo ello, solicitó la «estimación del recurso de casación, con revocación de la sentencia recurrida; la declaración de nulidad del artículo 68.2 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RCL 1995, 1816); la declaración de que no es sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados; y la anulación de la liquidación administrativa que le fue girada en ese concepto»<sup>66</sup>

Pasamos a analizar la oposición al recurso de casación que elaboró el Abogado del Estado y que la sentencia analiza; fundamentó la Abogacía como la sentencia de 15 de marzo de 2015, ya comentadas en el presente estudio, ratificaron el criterio tradicional de la Sala Tercera del Tribunal Supremo por lo que entendía que no era ya necesario aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina existente.

Alegó que la legalidad del artículo 68 del Reglamento ya fue declarada en la sentencia de 20 de enero de 2004, que resolvía el recurso de casación 158/2002, del

---

<sup>66</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1669/2018 de 27 de noviembre (sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Pleno) JUR2018/319008

mismo modo como la constitucionalidad del artículo 29 ya fue declarada por los autos 24/2005 de 18 de enero y 223/2005 de 24 de mayo. Respecto del artículo 29, dijo el Abogado del Estado que la doctrina ha establecido como sujeto pasivo a la persona que inste el documento público tan solo en defecto de adquirente del bien o derecho, por lo que finalizó interesando «la interpretación del artículo 29, en relación con los artículos 8 y 15, del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y del artículo 68.2 de su Reglamento» en el mismo sentido a como se ha ido haciendo tradicionalmente por la jurisprudencia.

El letrado de la comunidad de Madrid siguió la misma línea argumental que la Abogacía del Estado, citó sentencias sobre la línea jurisprudencial tradicional considerando al prestatario el sujeto pasivo del impuesto de «Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), en su modalidad de Actos Jurídicos Documentados (AJD) Documentos Notariales-»<sup>67</sup>. Si bien diferenció y explicó como al tratarse de dos negocios jurídicos, se debía de aplicar el principio de unidad del hecho imponible para que el impuesto solo se devengue por uno de los dos negocios, en función del principal que es el préstamo por aplicación del artículo 15 del Texto Refundido, ya comentado. Igual que hizo la Abogacía del Estado, el letrado de la Comunidad de Madrid expuso como la legalidad del Reglamento ya fue declarada por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, así como la constitucionalidad del artículo 29 del Texto Refundido por los autos del Tribunal Constitucional de 18 de enero y de 24 de mayo de 2005.

Concluyó expresando la inexistencia de contradicción jurisprudencial porque las sentencias de 15 de marzo de 2018 se dictaron en el sentido de la doctrina tradicional de la sala de los Contencioso Administrativo. Por lo que acaba solicitando la desestimación del recurso «con confirmación de la sentencia recurrida, fijando como doctrina jurisprudencial que el sujeto pasivo por la cuota gradual del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en los supuestos de escrituras de constitución de préstamo con garantía hipotecaria, ha de ser el prestatario».

#### **6.2.5.- Quinto; Subsistencia del interés casacional en el caso.**

En este apartado la Sala valoró la subsistencia del interés casacional de aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial, tras las sentencias de 15 de marzo de 2015 mediante las cuales se corrigió el criterio que modificó la sentencia de 23 de diciembre de 2015. Expuso como la contradicción que se admitió en el auto se resolvió mediante las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre, ya comentadas, cuyo fallo resultó contrario a los fallos del 15 de marzo de 2018, recobrando de este modo el interés

---

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1669/2018 de 27 de noviembre (sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Pleno) JUR2018/319008

casacional para establecer quién es el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos en la modalidad de documentos notariales por existir contradicción entre las dos salas.

### **6.2.6.- Sexto; Sobre la jurisprudencia relativa al sujeto pasivo del impuesto sobre los préstamos hipotecarios.**

En este apartado el tribunal analiza la jurisprudencia existente en relación con la determinación del sujeto pasivo del impuesto de actos Jurídico-Documentados, jurisprudencia que de una manera uniforme, pacífica y consolidada se había pronunciado sobre esta determinación.

Comienza la exposición desde la primera sentencia del Tribunal Supremo que data de 1988, concretamente de 22 de abril de 1998<sup>68</sup>, donde se analizaba la antigua legislación del Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y el Reglamento aprobado por Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, donde ya se estableció que el sujeto pasivo era el prestatario bajo la siguiente argumentación; «resultando sujeto obligado al pago el prestatario, no ya por la determinación concreta del artículo 8º d) del Reglamento citado, sino por lo que señalan los arts. 30 del Texto Refundido de la Ley y 41 del Reglamento, pues no cabe duda que el negocio jurídico principal es del préstamo (del que la hipoteca es un negocio jurídico accesorio de garantía) y el beneficiario de aquél, en cuyo interés se formalizó». Se destaca también la sentencia de 9 de octubre de 1992<sup>69</sup> donde se resolvía en relación a la exención del impuesto expresó que no cabía extender la exención a «otro hecho imponible totalmente distinto del otorgamiento de una escritura» donde se documenta la concesión de un préstamo, por lo que aquí ya se contemplaba la concesión como un negocio jurídico unificado. En la sentencia de 26 de febrero de 2001<sup>70</sup> se determinaba como el prestatario es el sujeto pasivo del impuesto.

Sigue analizando la jurisprudencia tradicional y nos aporta una serie de resoluciones más para corroborar la designación del prestatario como sujeto pasivo del impuesto, como por ejemplo la de 17 de noviembre de 2001<sup>71</sup>, destacando como conciben los préstamos hipotecarios como un único hecho imponible y estableciendo que «será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten

---

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1998 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ1988/3051

<sup>69</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1992 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ1992/8469

<sup>70</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2001 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ2001/1526

<sup>71</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2001 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2002/1280

documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan" y que ese adquirente del bien o derecho solo puede ser el prestatario».

La sentencia de 19 de noviembre de 2001<sup>72</sup> estableció igualmente como el único sujeto pasivo posible es el prestatario, destacando el valor interpretativo que tiene el artículo 68 del Reglamento. Pronunciamientos coincidentes los encontramos en las sentencias de 24 de junio de 2002<sup>73</sup> y en la sentencia de 23 de noviembre de 2001<sup>74</sup>, donde se mantuvo el «gravamen unitario» en los préstamos con garantía real de hipoteca destacando como;

«[...] una de las constantes históricas más notables del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes, y después del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que ha sido y es el tratamiento unitario de los préstamos hipotecarios, que se han concebido como un solo y *único hecho imponible, que primero basculó sobre el derecho real de hipoteca, y después, a partir de la Ley 41/1964, de 11 de junio (RCL 1964, 1256, 1706 y RCL 1965, 665) , de Reforma del Sistema Tributario, sobre el préstamo, en consecuencia, si el préstamo hipotecario está sujeto, pero exento, en el IVA, no estará sujeto como tal en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, concepto de "transmisiones onerosas", o lo que es lo mismo no estarán sujetos ni el préstamo, ni la hipoteca, toda vez que son elementos del mismo hecho imponible.*».<sup>75</sup>

Gran importancia tiene la sentencia de 20 de enero de 2004<sup>76</sup>, donde se solicitaba la declaración de nulidad del artículo 68 del Reglamento, mencionado ya anteriormente y que en las sentencias de octubre de 2018 fue declarado ilegal. En ella se establecía como sujeto pasivo, nuevamente, al prestatario por tributar exclusivamente por el concepto de préstamo y concluyó estableciendo;

*«El comentado artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (RCL 1995, 1816) no es en modo alguno inconstitucional porque, como se declara en el propio acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 2002, ninguna contradicción existe entre el IAJD y el criterio general del artículo 31.1 de la CE (RCL 1978, 2836) , ya que, con abstracción de ser un tributo documental, su base imponible se fija en función de la cuantía del acto que se documenta, y tal cuantía siempre está en relación directa con la capacidad económica del sujeto pasivo»*,

---

<sup>72</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2001 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2001/848

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2002 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2002/8214

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2001 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/200/638

<sup>75</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2002 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2002/8214

<sup>76</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2004/8214

Destaca el juzgador como los pronunciamientos de octubre de 2018 que declararon la ilegalidad del artículo 68 no hace referencia a la declaración de regularidad del mismo

Establece la sentencia de 27 de marzo de 2006<sup>77</sup> como el «adquirente del bien o derecho solo puede ser el prestatario, no ya por un argumento similar al de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas -- arts. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido y con el art. 18 de su Reglamento --, sino porque el "derecho" a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque este se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía», en mismo sentido se pronunciaron las sentencias de 14 de mayo de 2004<sup>78</sup>, de 20 de junio de 2006<sup>79</sup>, de 20 de enero de 2006<sup>80</sup> y de 31 de octubre de 2006<sup>81</sup>

Posteriormente la sentencia de 22 noviembre de 2017<sup>82</sup>, mostró esa unidad en cuanto a criterios jurisprudenciales se refiere, cuando para decidir sobre el asunto se apoya en la sentencia anteriormente mencionada de 31 de octubre de 2006:

*«Frente a pronunciamientos tan dispares, tanto por el supuesto enjuiciado como por el razonamiento que conduce al fallo, se alza el de la sentencia de este Tribunal de 31 de octubre de 2006, que, pronunciándose sobre un caso idéntico al analizado por la resolución judicial aquí cuestionada, alcanza el mismo fallo utilizando como argumento, entre otros la dicción del precepto reglamentario que la recurrente estima contrario a la Ley.*

*Sin que, por otro lado, la actora haya dedicado el más mínimo esfuerzo argumental a explicar por qué la doctrina contenida en dicha sentencia de esta Sala y Sección, que además se remite a otras, no resulta aplicable.»*

Más adelante pasó a analizar la constitucionalidad de la normativa reguladora del impuesto de Actos Jurídicos Documentados, en concreto de los artículos 15 y 29 del Texto Refundido, así como del artículo 68 del Reglamento, en concreto analiza los autos del Tribunal Constitucional, ya comentados anteriormente de 18 de enero y de 29 de mayo de 2005. El de 18 de enero justificaba la manifestación de capacidad económica desde la óptica de que la capacidad de endeudarse cuando el prestatario contrata un préstamo es

---

<sup>77</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2006 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2006/5262.

<sup>78</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2004 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2004/4924.

<sup>79</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2006/7028.

<sup>80</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2006 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2006/524

<sup>81</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2006/4593.

<sup>82</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2017 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2017/5100.

una muestra de capacidad económica porque «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» y acaba el auto estableciendo;

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

Concluye este fundamento jurídico sexto analizando las decisiones de la sala primera de lo civil, de 23 de diciembre de 2015, donde se produjo el primer giro jurisprudencial y posteriormente las sentencias de 15 de marzo. En este apartado se va a obviar su análisis por haber sido ya estudiados a los capítulos anteriores con detenimiento y suficiente profundidad.

### **6.2.7- Séptimo; Sobre la decisión del Pleno en Relación con el sujeto pasivo del impuesto sobre préstamos hipotecarios.**

En el presente apartado el juzgador fundamenta la decisión del pleno de rechazar el cambio jurisprudencial para la determinación del sujeto pasivo del impuesto.

Comienza la exposición explicando como la discrepancia jurisprudencial había desaparecido ya y que, por lo tanto, la sentencia resultaba innecesaria. Se establece como el criterio hermenéutico básico para fijar la interpretación del precepto legal, es la consideración de un negocio jurídico complejo, donde el negocio jurídico básico tiene que ser el préstamo, tal y como la doctrina tradicionalmente vino determinando y siendo la garantía un negocio derivado que sirve para cumplir el fin del principal.

Posteriormente se analiza y se rechaza el análisis fragmentario de la ley, se rechaza la solicitud de entender que nos encontramos ante dos negocios jurídicos sin concepción unitaria. Por el contrario, entiende la sala que el criterio de interpretación unitaria de la legislación, tal y como lo venía haciendo la jurisprudencia, es lo más adecuado. Se argumenta como se invierte la lógica hermenéutica, mencionada anteriormente, si aplicamos este criterio fragmentado para determinar el sujeto pasivo.

La interpretación que realizan las sentencias de octubre del artículo 29 del Texto Refundido considerando que, nos encontramos ante dos negocios jurídicos uno traslativo de dominio y otro accesorio, es contraria a la jurisprudencia tradicional donde se argumentaba la unidad de hecho imponible. Basando esta unidad en torno al préstamo, lo que conduce a que el único sujeto del artículo 29 sería el prestatario y pone de ejemplo la sala la sentencia de 1 de julio de 1998 «El préstamo garantizado con hipoteca ha sido siempre objeto de un tratamiento unitario, es decir, no se ha sometido a gravamen en la imposición indirecta el préstamo y separadamente su garantía, la hipoteca, sino conjuntamente, por un solo hecho imponible, y no por dos.». Por lo que, para la sala se debe de entender que, esta unidad de hecho imponible tiene perfecto acomodo legal en el artículo 2.1 de Texto Refundido, debiéndose exigir el devengo del impuesto conforme a la verdadera naturaleza del impuesto.

Esta concepción unitaria, entiende la sala, es el correlato de la concepción civilista del contrato en torno a una «unidad funcional y económica que opera en el tráfico bajo un 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» resultado errónea, en opinión del Pleno, la argumentación de las sentencia disidentes.

Tampoco comparte la sala la argumentación de realizar una interpretación sistemática de la norma, por entender que al no encontrarse en el título preliminar no cabría extender esta determinación a actos jurídicos documentados, cuando solo se preveía para Transmisiones patrimoniales. Entiende la sala que no cabe alegar que la inexistencia de precepto alguno equivalente al artículo 15 del Texto Refundo, en Actos Jurídicos Documentados abra la posibilidad de desgajar los efectos tributarios y su unidad de hecho imponible, sobre la que viene determinando desde hace 38 años.

Tampoco considera el Pleno que el requisito de inscribibilidad deba acarrear consecuencia alguna, tal y como sostienen las sentencia disidentes. Resulta cierto que el préstamo no es inscribible en el Registro, conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria, del mismo modo que esta inscripción es requisito de constitución del negocio jurídico, sin embargo, entiende el pleno, que toda esta argumentación no obsta para que, bajo la consideración de un único hecho imponible, se determine como sujeto pasivo del impuesto al prestatario, dado que lo que se formaliza es el préstamo con garantía hipotecaria, siendo este el momento de devengo del impuesto con independencia de su posterior inscripción de la hipoteca.

Respecto de la base imponible y su determinación, la misma se compone del importe del capital garantizado más las sumas aseguradas por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento y demás conceptos, siendo todos estos conceptos objetos de la acción privilegiada. De esta composición no se extrae que el legislador haya dado prevalencia al negocio accesorio sobre el principal a efectos tributarios, puesto que la base

imponible no sirve, en opinión del pleno, para discernir sobre la determinación del sujeto pasivo.

Finalmente, respecto de la argumentación del interés del que habla el artículo 29 del Texto Refundido del Impuesto, entiende el pleno que no solo interesa al acreedor hipotecario, dado que la obtención de la cantidad del préstamo se encuentra vinculada a la constitución de la garantía, por lo que el deudor también resultaría interesado en constituir la misma.

Concluye su argumentación la Sala exponiendo como resulta discutible el criterio adoptado por la Sección, dado que existía una jurisprudencia constante y uniforme. Nos encontrábamos ante la inexistencia de un factor extrínseco para entender modificados estos valores que se entendían ya consolidados y que proporcionaban una seguridad jurídica. Por lo que en atención a esta seguridad jurídica y a la «propia noción de jurisprudencia» el pleno exige mantener la doctrina tradicional existente, no pudiendo este órgano asumir o ratificar el cambio doctrinal tan «inopinado» que se llevó a cabo con las sentencias del mes de octubre de 2018.

Respecto de la nulidad del artículo 68 resulta necesario transcribir literalmente el siguiente texto de la sentencia.

«El artículo 72.2 de la LJCA (RCL 1998, 1741) dispone que las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrá efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y los preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. La inserción oficial tiene así, indudablemente, efectos para el futuro ya que todos los poderes públicos y, en especial, los jueces y Tribunales quedan vinculados, desde la fecha de publicación de la sentencia, a resolver cualquier proceso futuro sin aplicar o ejecutar la disposición reglamentaria que se ha declarado nula.». Entendemos innecesario centrar la atención en este apartado, puesto que al momento de publicación de esta sentencia, el gobierno socialista ya promulgó un Real Decreto Ley que modificó el artículo 29 del Texto Refundido del Impuesto y declaró sujeto pasivo al acreedor hipotecario, del mismo modo estableció su total irretroactividad.

### 6.3 VALORACIÓN PERSONAL DE LA SENTENCIA

En el presente capítulo se va a realizar una breve valoración de la sentencia sin entrar en demasiados pormenores, puesto que al final del trabajo se realizará una valoración completa y conjunta.

Esta decisión causó un revuelo social muy fuerte, la sociedad española no entendió como el poder judicial se había puesto del lado de las entidades financieras y no del consumidor ordinario.

Debemos de manifestar nuestra disconformidad con los argumentos esgrimidos por el Pleno para revocar las sentencias de octubre y, por lo tanto, volver a la jurisprudencia tradicional de la sala.

Compartimos la argumentación sobre la existencia de un negocio jurídico complejo compuesto de dos negocios jurídicos, uno traslativo de la propiedad y de una garantía real. No consideramos acertada la concepción unitaria de la que parte la doctrina tradicional, puesto que abogamos por una individualización de los negocios jurídicos devengando cada uno su propio impuesto. No consideramos que se deba desechar la interpretación sistemática que exponían los magistrados en las sentencias de octubre de 2018. Consideramos que si el legislador hubiese querido un tratamiento igualitario para transmisiones patrimoniales y para actos jurídicos documentados lo hubiese hecho de una manera expresa, mediante su inclusión en el artículo 29 del Texto Refundido del impuesto.

Entendemos que la descripción de la Base Imponible sí que debe de afectar a la determinación del sujeto pasivo, puesto que en atención a principio de capacidad económica, así debe ser. Los impuestos gravan capacidad económica, y gravan la economía determinada por la base imponible y si este cálculo, como se ha visto, afecta al acreedor y no al prestatario, debe ser este el sujeto pasivo del impuesto.

En nuestra opinión, la argumentación del pleno de que esta modificación se ha realizado sin que haya existido una modificación externa, bien legislativa o de otro tipo, que haga necesaria la modificación de esta jurisprudencia, es ciertamente irrelevante, puesto que la misma vino a resolver una duda histórica. No se produce una alteración que perjudique la seguridad jurídica, puesto que al tratarse de tres sentencias, sientan la nueva jurisprudencia que los tribunales inferiores han de seguir. Asimismo, estas resoluciones han contado con una fundamentación suficiente a la hora de variar el criterio jurisprudencial anterior.

Por lo expuesto, debemos de manifestar, desde el mayor de los respetos, nuestra disconformidad con la decisión de mantener la línea jurisprudencial tradicional.

## 7. REAL DECRETO-LEY 17/2018, DE 8 DE NOVIEMBRE<sup>83</sup>.

### 7.1. REQUISITOS LEGALES.

A través del presente Real Decreto Ley, el Gobierno modificó el artículo 29 del Texto Refundido, para fijar de una manera clara e inequívoca quien debía de ser el sujeto pasivo del impuesto de Actos Jurídicos documentados. La decisión del Gobierno de adoptar este Real Decreto se comunicó una vez que el fallo de la sentencia anteriormente comentada fue conocido.

Establece el artículo 86 de la CE donde se regulan constitucionalmente los requisitos del Real Decreto Ley;

*«1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.*

*2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.*

*3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia. »*

Como se puede observar de entre los requisitos que ahí se presentan, destaca la extraordinaria y urgente necesidad. Cabría preguntarse si tales requisitos concurrían en el momento de promulgación del presente Decreto y para dar respuesta a esta pregunta debemos acudir al “preámbulo” del propio Decreto, donde se han expuesto los antecedentes sociales y jurídicos que acaecían al momento de la elaboración.

Comienza esta exposición destacando como el mercado hipotecario supone un sector de la economía española muy importante, en cierto modo asimilado con un motor económico de nuestro país y como la incertidumbre judicial que atravesaba la concesión

---

<sup>83</sup> 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.

de préstamos hipotecarios frenaba el propio desarrollo del sector, se ralentizó el otorgamiento de préstamos, puesto que lo que tradicionalmente se había venido aplicando como criterios para la determinación del sujeto pasivo habían quedado corregidos por las sentencias 1505/2018, de 16 de octubre, 1523/2018, de 22 de octubre, y 1531/2018 de 23 de octubre, ya comentadas anteriormente. Para posteriormente quedar es suspenso con el anuncio de avocación al pleno.

Fundamentan como la extraordinaria necesidad se explica por dos motivos:

- El primero, dado que la incertidumbre hacía necesario fijar de manera precisa e inequívoca las reglas de determinación, por encontrarnos ante un negocio jurídico muy común en nuestra sociedad y de gran trascendencia social y económica, a la par que jurídica.
- El segundo criterio expuesto es el mandato constitucional del gobierno hacia los consumidores para la defensa de sus intereses, entendiendo esta defensa como la elaboración de un marco jurídico estable y claro.

Del mismo modo se añade como concurren, a su vez, los condicionantes de excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad, que el Tribunal Constitucional considera necesarios para poder tramitar por la vía del Real Decreto Ley.

La excepcionalidad se justifica en la situación que ha generado la sucesión tantas sentencias sobre la misma materia. La gravedad se deriva del «gran número de factores, sujetos e intereses que se ven afectados por dicho régimen jurídico». Sobre la relevancia, se alude a la importancia cuantitativa y cualitativa que las hipotecas tienen en nuestro tráfico mercantil, como motor económico del sector financiero. La imprevisibilidad se justifica en la «la imposibilidad de anticipar la sucesión reciente de cambios jurisprudenciales sobre esta materia».

## 7.2. CUERPO NORMATIVO

El presente Real Decreto Ley cuenta con un solo artículo:

*«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 imposables 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.»*

Se acaba de transcribir literalmente el texto del real Decreto y ciertamente no existe una gran necesidad de comentar el mismo, puesto que se trata de una normativa muy descriptiva y no da opción a interpretación alguna. Sin embargo, en el preámbulo del mismo sí que encontramos algo que resulta necesario destacar y es el carácter irretroactivo con el que se promulga este Real Decreto Ley, al dejar claro que no se podrá aplicar esta modificación a los préstamos hipotecarios concertados con anterior a la entrada en vigor del mismo.

Con esta determinación se cierra la puerta a las pretensiones de retroactividad que muchos abogados pretendían, a la vista de las sentencias de octubre.

### **7.3. VALORACIÓN PERSONAL DEL REAL DECRETO LEY.**

Debemos de valorar la concurrencia o no de la urgente y extraordinaria necesidad que expresaba el gobierno en el preámbulo del texto legal. Desde nuestro punto de vista, la urgente necesidad está justificada, puesto que consideramos el sector hipotecario como un sector que va más allá del ámbito bancario. El hecho fue que la incertidumbre generada en el sector hipotecario restringía notablemente el acceso del consumidor a los productos bancarios, dado que ante esta incertidumbre el sector disminuyó la contratación. Del mismo modo que los consumidores no sabían muy bien si contratar un crédito hipotecario o no.

También debemos de justificar la extraordinaria necesidad, puesto que no es común en nuestra tradición judicial la contrariedad en nuestro Tribunal Supremo, esta discordancia influía en la oferta y demanda del mercado bancario.

Debemos valorar del mismo modo la decisión de establecer una irretroactividad en la aplicación del Real Decreto Ley. En materia tributaria el ordenamiento jurídico permite la aplicación retroactiva de las modificaciones legislativas. Entendemos que si la necesidad de elaborar este Decreto, ahora comentado, surge con la falta de concreción a la hora de determinar el sujeto pasivo, por una redacción ciertamente confusa en el Texto Refundido ya comentado, resultaría apropiado haber establecido una aplicación retroactiva para las hipotecas firmadas en los últimos cuatro años, puesto que el error estaba basado en la redacción confusa que elaboró el legislador.

## 8. CONCLUSIONES

A lo largo del presente estudio se han ido elaborando una serie de valoraciones personales, sin embargo, este hecho no obsta para que sea necesario elaborar un capítulo de conclusiones.

Debemos de comenzar realizando, como ya se ha hecho en anteriores ocasiones, una crítica a la defectuosa redacción que el legislador desde sus inicios realizó para determinar quién era el sujeto pasivo del impuesto de Actos Jurídico-Documentados. Esta redacción; «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.» es confusa y conduce a error.

La sentencia de 23 de diciembre de 2015, aun siendo de la sala de lo civil, resultó de vital importancia para nuestro estudio puesto que fue la primera que consideró que la entidad bancaria, el prestamista, debía de ser sujeto pasivo del impuesto por lo menos en lo referente a la solicitud de copias, así como del timbre del impuesto. Aunque suponía una cantidad ciertamente mínima respecto de la cantidad que representa la cuota variable, supuso un gran primer giro jurisprudencial porque trasladó al acreedor una primera carga tributaria y porque abrió al debate jurídico la determinación del sujeto pasivo como una cuestión ciertamente controvertida en la doctrina.

Polémica que se ha puesto de manifiesto a la hora de exponer la sentencia de 15 de marzo de 2018. Se comentó tan solo una de ellas, puesto que ambas eran coincidentes, del mismo modo que se hizo con las de octubre y noviembre del mismo año, en este pronunciamiento se declaró la nulidad por abusividad de las cláusulas que transmitían todos los gastos al prestatario, sin embargo en lo referente a materia impositiva, muy oportunamente la sala primera se remitió a la doctrina tradicional del Tribunal Supremo Sala Tercera, entendiendo que carecía de competencia para analizar una cuestión referente a otro ordenamiento jurídico. Gracias a esta sentencia fue admitido el recurso de casación que dio origen a la de 16 de octubre de 2018, como se ha visto a lo largo del presente trabajo.

La sentencia de 16 de octubre de 2018, al igual que hicieron las dos que le siguieron, vinieron a establecer que era el acreedor hipotecario quien debía de pagar el impuesto de actos jurídicos documentados y no el prestatario, por entender que el artículo 29 del Texto Refundido trasladaba esta responsabilidad a la entidad financiera y que el Reglamento del impuesto en su artículo 68 había cometido un exceso legislativo, pues era contrario a lo que la propia ley determinaba. Como se ha ido indicando a lo largo de todo el trabajo, entendemos correcta la argumentación que realizó el ponente de la sentencia, aunque, lamentablemente para los intereses de los consumidores, la misma no fue mantenida por el pleno de la Sala Tercera en una votación muy reñida que resultó con quince votos favorables a revocar el criterio de las sentencias disidentes y trece a mantenerlo.

Como se ha expuesto al final del capítulo anterior en relación con la irretroactividad del Real Decreto Ley, proponíamos o entendíamos que resultaba correcta una retroactividad de 4 años, 4 años que coinciden con el periodo máximo de ejercicio de la solicitud de devolución de tributos indebidos. Esta manifestación no se realiza bajo criterios de puro oportunismo, sino como una respuesta adecuada a la carga impositiva que el prestatario ha soportado de una manera injusta como consecuencia de esa nefasta redacción legal.

Consideramos importante hacer esta manifestación dado que, con la irrupción de las clausulas suelo, ya vimos una mercantilización excesiva de la profesión de la abogacía y como determinados despachos fomentaban la litigiosidad con fines puramente económicos. Entendemos que esta práctica es contraria al código deontológico de la abogacía, puesto que, en palabras de don Nobel Carral, letrado cántabro de gran trayectoria y fundador de la Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre colegio de Abogados de Cantabria, “el abogado tiene que ser una persona decente”, decencia que no se mantiene cuando se aumenta la litigiosidad, no en pro de la justicia, si no con el único fin de aumentar sus propios beneficios por vía de las costas judiciales.

Llegados a este punto entendemos necesario hacer una breve valoración en términos sociales del desprestigio que este proceso ha supuesto, no solo para el Tribunal Supremo, sino para la imagen que los ciudadanos tienen del poder judicial. Es conocido por todos como existe el pensamiento de que la Justicia está alejada del ciudadano y que tan solo favorece a los poderes económicos. Con esta argumentación no pretendemos que se deba dar la razón a los consumidores para salvaguardar la imagen de la justicia, sino que entendemos que la manera en que el asunto fue gestionado no fue la más adecuada para que los ciudadanos percibiesen que sus intereses fueron debidamente defendidos. Consideramos que hoy día no basta con impartir justicia sino que se debe de emitir una imagen justa y, lamentablemente, aún no hemos llegado a la fórmula para emitir esta imagen de justicia.

## **JURISPRUDENCIA.**

### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, que resuelve el asunto c-415/11 (TJCE/2013/89).

### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Auto del Tribunal Constitucional 24/2005 de 18 de enero (RTC/2005/24/AUTO).

Auto del Tribunal Constitucional 223/2005 de 29 de mayo (RTC/2005/223/AUTO).

### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia del Tribunal Supremo número 705/2015 de 23 de diciembre (Sala de lo Civil, Sección pleno) RJ/2015/5714.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de marzo de 2018 (RJ/2018/1241).

Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª) de 16 de Octubre de 2018 (RJ/2018/4082).

Sentencia de Tribunal supremo 550/2000, de 1 de junio (RJ 2000/5090)

Sentencia del Tribunal Supremo número 241/2013 de 9 de mayo (RJ 2013/3088).

Sentencia del Tribunal Supremo número 139/2015, de 25 de marzo (Sala de lo Civil) (RJ/2015/735)

Sentencia del Tribunal Supremo número 222/2015 de 29 de abril (RJ2015/2042)

Sentencia del Tribunal Supremo 506/2008 de 4 de junio de 2008 (RJ/2008/3196)

Sentencia del Tribunal Supremo 475/2015 de 7 de septiembre (RJ2015/3976)

Sentencia del Tribunal Supremo 842/2011 de 25 de noviembre, sala de lo civil (RJ/2012/576).

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2001 RJ/2002/848.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004 RJ/2004/535.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2004 RJ/2004/492.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2006 RJ/2006/524.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2006 RJ/2006/5262.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 RJ/2006/7028.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006 RJ/2006/7837.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 RJ/2015/3079.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2017 RJ/2017/5100.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1998 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ1988/3051.

Sentencia del Tribunal Supremo, 1669/2018 de 27 de noviembre de 2018, (sala de lo Contencioso Administrativo).

Sentencia del Tribunal Supremo, 1670/2018 de 27 de noviembre de 2018 (sala de lo Contencioso Administrativo).

Sentencia del Tribunal Supremo, 1671/2018 de 27 de noviembre de 2018, (sala de lo Contencioso Administrativo).

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2017 (sala de lo Contencioso Administrativo) RJ/2017/5100.

## LEGISLACIÓN

Constitución Española 1978 BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

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.

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

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.

## BLIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Alicia Agüero Ortíz, "Efectos y Alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación". Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 2/2017.

José Miguel Martínez-Carrasco Pignatelli, "¿Quién ha de pagar el impuesto sobre Actos Jurídico Documentados en un préstamo hipotecario?" Revista quincenal fiscal num. 20/2018 parte Opinión personal.

Javier Nieto Sanchez, "Gastos hipotecarios prescripción de acción de restitución del artículo 1303cc. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 66/2018, de 1 de febrero de 2018". Revista de derecho bancario y bursátil num. 150/2018 parte Jurisprudencia.

Elsa Sabater Bayle. "Cláusula de gastos (comentario SSTs números 147 y 148 de 15 de marzo de 2018" Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.5/2018 parte Jurisprudencia.

Luis Antonio Soler Pascual "la comisión de apertura en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados con consumidores", n.º 64 de la Revista de Derecho Inmobiliario Lefebvre- El Derecho (junio 2018).

Ramón Falcón y Tella, "Cambio de criterios sobre el sujeto pasivo de AJD en los préstamos hipotecarios: la STS 1505/2018 de 16 de octubre", Revista quincenal fiscal num.20/2018 parte Editorial.

Francisco José Peláez Sanz "El pago de los gastos derivados de un préstamo hipotecario después de la sentencia 705/2015 de 23 de diciembre del Tribunal Supremo, Aranzadi Digital num. 1/2017 parte Estudios y comentarios.

Silvina Palacios "Actualidad sobre reclamación de gastos de Constitución de hipoteca" Actualidad Jurídica Aranzadi num.928/2017 parte artículo.

## PAGINAS WEB

[https://elpais.com/economia/2018/10/19/actualidad/1539950791\\_991263.html](https://elpais.com/economia/2018/10/19/actualidad/1539950791_991263.html), consulta de 18 de noviembre de 2018.

<https://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2018/10/22/5bcddea7e2704ee5768b46b8.html>, consulta de 18 de noviembre de 2018.

<https://www.capitalmadrid.com/2018/10/18/51069/duro-castigo-a-los-bancos-del-ibex-por-la-sentencia-sobre-hipotecas-documentadas.html>, consulta de 18 de noviembre de 2018.

<https://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2018/11/06/5be1e1eae5fdeade218b45e2.html>, consulta de 18 de noviembre de 2018.

<https://www.rankia.com/blog/mejores-hipotecas/2574021-cuanto-pago-impuesto-actos-juridicos-documentados-ajd-comunidad-autonoma-formalizar-hipoteca>, consulta de 6 de diciembre de 2018.