

**EL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)
SE PRONUNCIARÁ SOBRE QUIÉN ES EL SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO
SOBRE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS EN LOS PRÉSTAMOS
HIPOTECARIOS**

Ramón Casero Barrón
Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE)
Abogado. Profesor propio de Derecho Financiero y Tributario

Fecha de Publicación: 24 de octubre de 2017

1. Admisión a trámite de un recurso de casación por interés objetivo para la formación de jurisprudencia

El pasado día 27 de septiembre (notificado el 17 de octubre), la Sección de Admisiones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha admitido a trámite un recurso de casación en el que se pide que se fije doctrina sobre el sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en los préstamos hipotecarios, como consecuencia de la disparidad de criterios que existe en la actualidad¹, cuestión de derecho que puede afectar a una gran número de situaciones y que tiene una importante trascendencia social, más allá del caso objeto del proceso. Inicialmente, el recurso de casación se había presentado alegando, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de diciembre de 2015, y fue inadmitido porque consideraba la Sección de Admisiones que la doctrina del Alto Tribunal en el ámbito tributario, pero emanada por la Sala de lo Civil, no tenía efectos prejudiciales respecto al orden contencioso-administrativo (que, además, ya previamente había fijado sobre la misma materia una doctrina que era diametralmente opuesta a la mantenida por la Sala de lo Civil), y, en consecuencia, al no fijar doctrina

¹ Al decir del Auto de 27 de septiembre de 2017 (FJ Sexto y Acuerdo 3º), la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 del Texto Refundido del Impuesto y su desarrollo reglamentario por el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, en relación con el sujeto pasivo en la escritura de constitución de préstamos con garantía hipotecaria.

legal, no era sentencia válida sobre la que descansar el recurso de casación, según la última reforma de la estructura del recurso de casación fijada por la Ley Orgánica 7/2015, que modifica en su Disposición Final Tercera la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa².

Contra esta providencia de inadmisión se presentó incidente de nulidad de actuaciones, que ha sido estimado sobre todo por un cambio interno de doctrina de la Sección de Admisiones sobre el peso o relevancia de la doctrina fijada por otros órdenes jurisdiccionales, como puede ser la jurisdicción civil, y su influencia sobre la jurisdicción contencioso-administrativa. Y este cambio de postura ya se evidenció en un primer momento con el Auto de 19 de junio de 2017, en el recurso de queja 346/2017, que vino a recoger la doctrina favorable a la posibilidad de alegar sentencias del orden jurisdiccional civil del Tribunal Supremo como doctrina contradictoria y como fundante del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia³.

2. Doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

Lo importante, ahora, es que el Tribunal Supremo va a tener ocasión de entrar a analizar su doctrina sobre la consideración del sujeto pasivo en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados⁴, que hasta la fecha ha consistido en considerar que como en un préstamo hipotecario nos encontramos con una operación principal, el préstamo, y otra accesoria, la garantía hipotecaria, la tributación se tiene que regir en función de la calificación de la operación única, que es la principal que absorbe a la accesoria, a saber, el préstamo, y en consecuencia, aplicando el artículo 1753 del Código Civil

² Me refiero a la Providencia de 17 de mayo de 2017, que se acompañó con la documentación de la ponencia que presenté en el marco del Curso de Verano: «Protección del consumidor-deudor hipotecario: realidad y perspectivas de futuro», organizado por CESCO en colaboración con el Ilustre Colegio Notarial de Castilla-La Mancha y celebrado en Cuenca los días 3 y 4 de julio de 2017, y cuya Acta del curso que se ha preparado por Alicia Agüero Ortiz, Ana Isabel Mendoza Lozano y Lorena Parra Membrilla está publicada en el número 22 (2017) de la Revista CESCO de Derecho de Consumo, págs.. 1-43.

³ Y así dice el Auto mencionado: “De hecho, la Ley de la Jurisdicción, en su nueva regulación dada por la L.O. 7/2015, se sitúa en esta misma posibilidad. Así, en el artículo 88.2.a), que establece como supuesto de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que la resolución impugnada <<fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido>>. Este precepto no puede ser interpretado en el sentido reduccionista de que por tales órganos jurisdiccionales sólo pueden entenderse los incardinados en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues aun siendo esta la regla general no es posible descartar, *a priori*, la invocación de una jurisprudencia civil con una clara incidencia en la decisión de las cuestiones planteadas en el seno del proceso contencioso-administrativo”.

⁴ Jurisprudencia que viene extractada en el FJ Tercero del Auto de 27 de septiembre de 2017.

cuando establece que el que recibe un préstamo en dinero u otra cosa fungible, adquiere la propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad, resultaría que como quien adquiere es el prestatario (insisto en esa interpretación literal del Código Civil), pues el sujeto pasivo es el prestatario por aplicación o subsunción en el tenor literal de lo dispuesto el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993 cuando establece que el sujeto pasivo es el adquirente del bien o derecho, idea confirmada por el propio artículo 68.2 del Reglamento, cuando establece que en los préstamos hipotecarios el sujeto pasivo es el prestatario, porque es el adquirente.

Y esta postura supondría que el desarrollo de ese texto legal en el artículo 68 del Reglamento del Impuesto sería acorde con la ley, y nunca podría ser tachado de desarrollo *extralegem*.

Frente a esta postura, la misión ahora del propio Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) será o bien ratificar su doctrina, o aclararla, o bien matizarla, o por el contrario revisarla⁵.

Y respecto a qué parámetro o doctrina se tiene que efectuar ese ejercicio que puede llegar incluso a la revisión de la propia doctrina, pues respecto a la sentencia de 23 de diciembre de 2015 de la Sala de lo Civil del propio Tribunal Supremo.

3. Doctrina fijada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en su sentencia de 23 de diciembre de 2015

Sentencia esta última que viene a considerar, a mi juicio, que para llegar a determinar correctamente el sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados hay que estar a la configuración del presupuesto de hecho que legitima la exacción de ese impuesto, y que viene recogido en el artículo 31.2 del Texto Refundido (por lo que respecta a la cuota proporcional del impuesto), y donde se establece que el impuesto se exigirá por la primera copia de escritura pública, cuando contenga acto o contrato

⁵ Y, en principio, según el Tribunal Supremo el análisis del artículo 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto (que regula el sujeto pasivo en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados) se tiene que realizar en conjunto con los artículos 8 (que regula el sujeto pasivo en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto, donde se menciona, por un lado, que en una transmisión de bienes o derechos, el sujeto pasivo es el adquirente, por otro lado, que en la constitución de un derecho real, aquel en cuyo favor se reconozca y, por otro último, que en la constitución de préstamo de cualquier naturaleza, el sujeto pasivo es el prestatario) y el artículo 15.1 del mismo cuerpo legal (que se refiere a la tributación conjunta de un préstamo hipotecario por el concepto de préstamo, en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas).

inscribible en el Registro de la Propiedad, entre otros, y no esté sometido a otros impuestos.

En relación con esta idea, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) viene a decir que la entidad prestamista, en lo que respecta a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, será el sujeto pasivo por lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, por la expedición de las copias, actas y testimonios que interese.

El Tribunal Supremo (Sección de Admisiones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) interpreta esas palabras en el sentido de que la constitución del derecho real se refiere a la adquisición de un derecho real de hipoteca, que es lo que verdaderamente se inscribe (por contraposición al préstamo como operación principal en la operación global de un préstamo hipotecario), y en materia de expedición de copias, lo interpreta como que las copias autorizadas se expiden a su instancia y es la principal interesada en la inscripción de la garantía hipotecaria.

De la dicción del Tribunal Supremo, tanto de la Sala de lo Civil, pero sobre todo de la interpretación dada la Sala de lo Contencioso-Administrativo, se entiende que la doctrina de la Sala de Civil fija que el sujeto pasivo en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados es la entidad prestamista porque cae de lleno en el artículo 29, porque adquiere un derecho de hipoteca, que es el negocio relevante en esta modalidad del impuesto, al ser un derecho inscribible en el Registro de la Propiedad⁶. Adicionalmente, como el presupuesto de hecho es la primera copia de escritura pública, quien solicita la expedición de la primera copia es la entidad prestamista, por lo tanto cayendo por segunda vez en otro de los supuestos previstos por el artículo 29 (“quien inste o solicite la expedición del documento”, se entiende de la primera copia), pero, por último, también cae de lleno, otra vez, en el tercer supuesto que establece el artículo 29 de sujeto pasivo, a saber “aquel en cuyo interés se expide el documento”, se entiende la primera copia), que es la entidad prestamista.

De toda esta transcripción, se pone en tela de juicio el propio artículo 68.2 del Reglamento del Impuesto, porque categóricamente viene a decir este artículo del Reglamento que en las escrituras de préstamos hipotecarios, el sujeto pasivo es el prestatario, porque es el adquirente.

⁶ En el mismo sentido la copiosa doctrina del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) sobre el sujeto pasivo en la constitución de hipoteca unilateral a favor de una Administración Tributaria (que tiene que aceptar, obviamente) en garantía de la suspensión de la ejecución de una liquidación administrativa, considera que es el sujeto pasivo la entidad a cuyo favor se constituye la garantía hipotecaria.

4. Perspectiva necesaria de análisis para llegar a una decisión conforme a derecho

A mi juicio, creo que la perspectiva sobre la que se tiene que llevar a cabo el análisis de esta cuestión de derecho tiene que partir necesariamente del hecho imponible o presupuesto de hecho abstracto establecido por la norma, cual es la primera copia de escritura pública que contenga acto o contrato inscribible en el Registro de la Propiedad.

Y el acento hay que ponerlo no tanto en el hecho de la adquisición de un bien o un derecho sino en el hecho de la primera copia, porque la modalidad de sujeto pasivo consistente en el adquirente de un bien o derecho fue introducida muy posteriormente en la regulación de este impuesto, precisamente con la introducción en España del Impuesto sobre el Valor Añadido,

Y por qué la intensidad en el supuesto de la primera copia, pues porque el título que habilita la ejecución es la primera copia, según establece el artículo 517 de la ley de Enjuiciamiento Civil⁷ para el juicio ejecutivo, pues es lógico que no pueda ejecutarse un derecho sobre el patrimonio del deudor sin tomar ciertas garantías a favor de éste, la primera de las cuales –y única que aquí nos interesa- es que la copia notarial del título del crédito sea “primera” o caso de ser “segunda o posterior” esté expedida en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien perjudica, como dice el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁸.

Y de este modo todo el análisis se tiene que construir sobre la necesidad de dar eficacia a ciertos documentos ante determinadas instancias (entre las que se encuentran las judiciales), y esa eficacia especial se conseguía en el pasado mediante el impuesto.

Y en este matiz jurídico está precisamente el origen de este impuesto: ante la falsedad de documentos, con los sellos o el timbre se conseguía la autenticidad del documento⁹, para que de este modo pudieran tener efectos y valor y pudieran presentarse en juicio¹⁰.

⁷ Sí es verdad que con la reforma de la legislación notarial, la Ley del Notariado, a los efectos del artículo 517.2.4º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter. Lo cierto es que, a mi juicio, es un requisito adicional redundante, pues nuestra legislación histórica y actual competente en el procedimiento civil requiere que sea primera copia, sin más calificativo.

⁸ Garantías que tienen como finalidad el impedir que se puedan despachar múltiples ejecuciones sobre el patrimonio de un deudor.

⁹ Ley 1ª, Título XXIV Libro X de la Novísima Recopilación.

¹⁰ El artículo 54 del texto Refundido de la ley del Impuesto establece que ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en Oficina o Registro Público sin que

Las peculiaridades de los preceptos de ejecución hipotecaria (en los que se limita extraordinariamente la contradicción procesal) basándose, entre otros argumentos, en que el constituyente de la hipoteca ha consentido la fuerza ejecutiva del título y en que su posición deriva de un negocio jurídico, hacen precisamente necesario que no haya ninguna duda que el deudor ha prestado su consentimiento en ese documento con esa especialidad procesal.

Y esa idea es la que se trasluce en la necesidad de primera copia y la necesidad de liquidar el impuesto por la persona que se beneficia de esa primera copia, el acreedor ejecutante, que en los préstamos hipotecarios será la entidad prestamista¹¹, en materia de documentos notariales de la modalidad impositiva de Actos Jurídicos Documentados.

se justifique el pago de la deuda tributaria a favor de la Administración Tributaria..... y los Juzgados y Tribunales remitirán a la Administración tributaria competente para la liquidación del impuesto copia autorizada de los documentos que admitan en los que no conste la nota de haber sido presentados a liquidación en dicha Administración.

La parte última de la redacción de este artículo se debe a la modificación que se tuvo que introducir en el texto como consecuencia de la STC 141/1988, de 12 de julio, que consideró contrario al artículo 24.1 de la CE la inadmisión de documentos por los Tribunales por la falta de reintegro del impuesto, aunque, a mi juicio, adoptó su decisión sobre una base jurídica totalmente equivocada de lo que había sido el fundamento del impuesto en sus orígenes.

¹¹ En nuestra legislación histórica, los notarios tenían unas especiales diligencias para dar “copias signadas” a las partes de las escrituras recogidas en sus libros de registros y protocolos (Ley I, Título XXIII, Libro X de la Novísima Recopilación), por lo tanto esas copias cumplían funciones de validez de una operación jurídica y de ejecutividad, salvaguarda frente a los negocios antedatados (prueba de la fecha), fuerza probatoria de su existencia y de su contenido, y por esa investigación (en sus libros de registros y protocolos) y expedición de copia se pagaba un impuesto, que era al final el que otorgaba la autenticidad (“signada con su signo”), impuesto que en Francia se denominaba *droit d’enregistrement*, porque había que estar al libro del registro de los actos o contratos que estaba a cargo de un funcionario que se denominaba receptor del registro.