SOBRE LA COUTA PROPORCIONAL DE LA MODALIDAD DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS EN LOS DOCUMENTOS NOTARIALES. ESPECIAL MENCIÓN DE QUIÉN ES SUJETO PASIVO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

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

- I. EL ARTÍCULO 68 DEL REGLAMENTO DEL ITPAJD EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 29 DEL TEXTO REFUNDIDO ITPAJD.
- II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 29 DEL TEXTO REFUNDIDO ITPAJD.
- III. OTRAS CUESTIONES EN RELACIÓN A ESTA MODALIDAD IMPOSITIVA
- IV. AUTO RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE MAYO DE 2017 (SECCIÓN DE ADMISIONES DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)

La contratación de un préstamo hipotecario por una persona física (o incluso jurídica) con una entidad financiera tiene las consecuencias fiscales que a continuación se reseñan: la concesión del préstamo, es una prestación de servicios que está sometida y exenta al Impuesto sobre el Valor Añadido, siendo el sujeto pasivo la entidad financiera. La constitución de la hipoteca, como derecho real de garantía, y contrato accesorio a la concesión del préstamo (contrato principal), va a seguir el mismo régimen que el préstamo, en consecuencia exenta del IVA. Sin embargo, como consecuencia de la exención en el IVA y su no sujeción a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPAJD, el documento notarial (primera copia) de constitución de hipoteca, por el hecho de tratarse de primera copia de escritura pública, que instrumenta un contrato que tiene por objeto una cantidad monetaria, y que se va a inscribir en el Registro de la Propiedad, estará sometido a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, cuota proporcional, que será del 0'50 por ciento sobre la base imponible, aunque las Comunidades Autónomas tienen competencias para regular ese tipo de gravamen.

En la actualidad, se está discutiendo quién es el sujeto pasivo (la entidad financiera o el prestatario) de la cuota proporcional de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Pues bien, el artículo 68 del Reglamento de este impuesto establece, sin lugar a dudas, que el sujeto pasivo será el prestatario, porque se considera adquirente.

I. EL ARTÍCULO 68 DEL REGLAMENTO DEL ITPAJD EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 29 DEL TEXTO REFUNDIDO ITPAJD.

A mi juicio, el 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 supone una extralimitación de lo dispuesto en 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, cuando el precepto reglamentario establece que el sujeto pasivo será, en las escrituras de constitución de préstamo con garantía, el prestatario, puesto que se considera adquirente.

Por su parte el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993 establece: “El sujeto pasivo es 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”.

Y supone una extralimitación, porque a mi entender, en los supuestos de préstamos hipotecarios no existe adquisición por parte del prestatario.

Para fundamentar esta postura o afirmación se intentará desentrañar el significado de los términos utilizados en la redacción de quién es sujeto pasivo en el artículo 29 del Texto Refundido 1/1993.

En este trabajo, además, se intentará desentrañar el sentido y significado del hecho imponible de esta modalidad impositiva al hilo del análisis de lo que se entiende por “acto o contrato”, y por la mención a “cantidad o cosa valuable”. Y este ejercicio o aproximación servirá, a su vez, para apoyar precisamente la idea que se defiende, relativa a que en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, lo que adquiere relevancia es la hipoteca, frente al préstamo.

II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 29 DEL TEXTO REFUNDIDO ITPAJD.

Cuando el artículo habla de quien adquiera un bien o derecho, se está refiriendo a supuestos de transmisión, como por ejemplo una venta empresarial de un bien inmueble, que consta en escritura pública y que está sujeta y no exenta al Impuesto sobre el Valor Añadido, pero no al supuesto de préstamo hipotecario, donde no hay adquirente de un bien o un derecho¹.

¹ Véase Al respecto lo que se establece el artículo 1.753 del Código Civil: “El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere la propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad”.

Siguiendo a Castán: “El préstamo o mutuo se caracteriza por las siguientes notas: es un contrato real, ya que sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa; unilateral, en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el prestatario; traslativo de dominio, en cuanto transfiere la propiedad de las cosas al prestatario, estando únicamente obligado a devolver el género, y gratuito u oneroso, según se acompañe o no la estipulación del pago de intereses.

La consideración del mutuo como contrato traslativo del dominio requiere, no obstante, alguna matización. Lo es ciertamente por la dicción literal del artículo 1753, pero no por su finalidad, ya que el contrato no se celebra con la de convertir a otro en propietario (como en la compraventa o donación), sino con la de cederle el uso de una cosa, si bien, por tratarse de cosa (dinero) cuyo uso consiste en el consumo, deba atribuirse a tal cesión el alcance práctico de una transmisión del dominio. La cesión de uso (verdadera finalidad de los contratos de préstamo) sería ilusoria si no se pusiera al cesionario en situación de poder usar efectivamente lo prestado; y tratándose de dinero –cuyo uso consiste en disponer– el uso sólo será posible si se tiene la facultad de disposición, que presume la titularidad dominical.

Véase Ferrandis Vilella, en Notas a la 3ª Ed. Española del Tratado de Enneccerus, t. II, vol. 2º, págs. 417-418”. En Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español, común y foral*. Tomo Cuarto. Decimocuarta edición, revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella. Ed. Reus, Madrid, 1988, págs. 450-451.

Pero si este argumento no es válido, está claro que quien adquiere un derecho es el acreedor hipotecario², así de esta forma, en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, se establece que en la constitución de derechos reales el sujeto pasivo es aquél a cuyo favor se realice este acto (artículo 8 c) del Texto Refundido y artículo 34 c) del reglamento de ITPAJD). El artículo 104 de la ley Hipotecaria establece que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación **para cuya seguridad fue constituida (es decir, el acreedor hipotecario).**

Aferrándose a esta interpretación, las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) establecen: *“En consecuencia, en el ITP no hay dificultad alguna para concretar cuál es el sujeto pasivo, puesto que el artículo 8 del RD Leg 1/1993 señala que “en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario tendrá la cualidad de sujeto pasivo”, y dado que el préstamo hipotecario tributa únicamente como préstamo, el sujeto pasivo es, lógicamente, el prestatario; pero, en cambio, el IAJD, aplicable en los casos a que se refiere el artículo 31 del antes citado RD Leg, o sea, cuando el préstamo hipotecario no está sujeto al ITP (normalmente por estar sujeto al IVA) y la escritura pública tiene por objeto cantidad o cosa valuable, conteniendo actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, el artículo 29 de dicho texto indica que “el sujeto pasivo es el adquirente del bien o derecho...”, de modo y manera que, en un préstamo, el adquirente es el prestatario (que es quien adquiere la cantidad prestada y se obliga a su devolución, con pago en su caso de los intereses) y, en un préstamo hipotecario, el adquirente sigue siendo el prestatario (que es quien adquiere la cantidad prestada, si bien el prestamista queda garantizado con el derecho real de hipoteca, pero sin adquirir tal derecho, porque lo que se produce es la constitución de dicho derecho real, que realiza precisamente el prestatario o un tercero, en su caso, sobre un bien de su propiedad).*

En cualquier caso, sea quien fuere el adquirente en el caso de hipoteca, si se aplica la norma según la que en la constitución de hipoteca en garantía de un préstamo la tributación se hace exclusivamente por el concepto de préstamo, el sujeto pasivo sigue siendo el adquirente del bien o derecho, o se, el adquirente del préstamo, que es el prestatario”.

Ahora bien, si seguimos una interpretación literal sobre quién es sujeto pasivo, hay que decir que la propia normativa del ITPAJD distingue siempre entre adquirente y prestatario en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, por lo que necesariamente la propia norma ya se está encargando de no equiparar el préstamo con una adquisición por parte del prestatario, así establece en su artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/1993 que en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el sujeto pasivo será el que los adquiere, y en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el sujeto pasivo será el prestatario.

Pero es más, existe un supuesto de exención en el artículo 45.I B) 4 del Texto Refundido 1/1993 que establece expresamente que está exenta del ITPAJD las actas de entrega de cantidades por las entidades financieras, en ejecución de escrituras de préstamo hipotecario, cuyo impuesto haya sido debidamente liquidado o declarada la exención procedente.

En conclusión, frente a una interpretación basada en la literalidad de la norma del Código civil, debe prevalecer la interpretación según las normas del propio tributo, donde el préstamo no se asimila a una transmisión de bienes y derechos, calificación que, además, procedería por las normas de calificación existentes en el antiguo Impuesto sobre el Timbre, donde las calificaciones fiscales prevalecían sobre las calificaciones de otras ramas del ordenamiento jurídico. En el mismo sentido la regla de supletoriedad establecida en la Ley General Tributaria.

² 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.

De esta forma, concurriría en el acreedor hipotecario la condición de sujeto pasivo en la modalidad Actos Jurídicos Documentados, cuota proporcional, puesto que, en primer lugar, es quien adquiere un derecho, en este caso real, y, en segundo lugar, porque es la persona en cuyo interés se expide el documento, como ya hemos visto por la transcripción de los artículos de la Ley Hipotecaria.

Pero desde el punto de vista de que se considere sujeto pasivo (**que siempre es en defecto de que no haya adquisición de bienes o derechos**) el que inste o solicite los documentos notariales, también esta persona coincide con el acreedor hipotecario.

Y ello porque para que quede válidamente constituido el derecho real de garantía se exige que el documento en el que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad (artículo 1875.1 del Código civil), y que el artículo 145 de la Ley Hipotecaria considera que ese documento es la escritura pública.

Entonces, como consecuencia del carácter constitutivo que tiene la inscripción en el Registro de la Propiedad, obviamente en las hipotecas voluntarias convenidas, el que instará los documentos notariales será el acreedor hipotecario. Como sustento de esta argumentación, se trae a colación que, en la práctica, la mayoría de las entidades financieras asumen, con cargo al prestatario, la tramitación (notarial, de registro y de gestoría) de las escrituras públicas de préstamos hipotecarios, ya que consideran que la tramitación no se puede dejar en mano del prestatario, como consecuencia de ese carácter constitutivo que tiene la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de garantía que es la hipoteca.

Otro argumento es el mismo artículo 1875 párrafo dos que establece (para el supuesto de las hipotecas legales) que las personas a cuyo favor establece hipoteca la ley, no tienen otro derecho que el de exigir el otorgamiento e inscripción del documento en que haya de formalizarse la hipoteca.

También el artículo 6 de la Ley Hipotecaria que establece que podrá instar, indistintamente, la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad, los que adquieran el derecho, los que lo transmitan, o por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir. Y el artículo 39 del Reglamento establece que se considerará como persona que tiene interés en asegurar el derecho que deba inscribirse a la persona que presente los documentos correspondientes en el Registro con el objeto de solicitar la inscripción.

Pues bien, quienes presentan la escritura pública de préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad para su inscripción son las entidades financieras, que además conserva en su poder la primera copia, donde consta los datos de inscripción, y al prestatario sólo se le entrega por la notaría una copia simple³.

³ La jurisprudencia sobre quién es sujeto pasivo en el Impuesto del Timbre es muy copiosa y no se transcribe, aunque a mi juicio es muy importante.

Interesante a estos efectos la dicción del artículo 1.455 del Código civil cuando establece: “Los gastos de otorgamiento de escritura serán de cuenta del vendedor, y los de primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario”.

No obstante, se va a comparar la redacción del actual artículo 29 del Texto Refundido con el artículo 168 c) de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964, que establecía que el sujeto pasivo en los documentos notariales eran “los otorgantes de las escrituras y las personas que las suscriban o soliciten o aquellos en cuyo interés se expidan, en cuanto a las actas y demás documentos”, de donde se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- La referencia en el artículo 29 del actual Texto Refundido al “adquirente del bien o derecho” se introduce en el año 1980 precisamente para recoger aquellos supuesto sometidos al IGTE (en la actualidad sería el IVA), como son las ventas empresariales de inmuebles, puesto que a partir de esa fecha desapareció la incompatibilidad entre IGTE y la cuota proporcional de la modalidad AJD.
- La referencia en el artículo 29 del actual Texto Refundido a “las personas que insten o soliciten los documentos notariales”, se tiene que poner en conexión con la redacción del artículo 168 c) de la Ley de Reforma del Sistema Tributario cuando establece “los otorgantes de las escrituras y las personas que las suscriban o soliciten”, aunque no es del todo igual.
- La referencia en el artículo 29 del actual Texto Refundido a “aquellos en cuyo interés se expidan”, se tiene que poner en conexión con la redacción del artículo 168 c) de la Ley de Reforma del Sistema Tributario cuando establece “o aquellos en cuyo interés se expidan, en cuanto a las actas y demás documentos”.

Pero quizá la redacción de los artículos de la Ley de Reforma del Sistema Tributario, del Texto Refundido de 1967 y del artículo 29 del actual Texto Refundido, en relación con quién se considera sujeto pasivo tenga que ver con la regulación que se contenía en el Reglamento del Timbre sobre sujeto pasivo y sujeto responsable.

Respecto al sujeto pasivo la eliminación en la redacción normativa actual *de los otorgantes o de los que suscriban las escrituras públicas* tenga que ver con los problemas que se originaban en los contratos bilaterales, sustituyéndose por quienes instan o solicitan los documentos notariales, en este caso las primeras copias.

Pero, junto al sujeto pasivo, se encontraba el sujeto responsable en la regulación del Impuesto del Timbre, figura que posiblemente se identifique con el sujeto pasivo que en los textos normativos que han sustituido a los que regulaban el Impuesto del Timbre se

En relación con el supuesto consistente en que el documento se suscriba por varias personas o partes, resulta interesante la sentencia del Tribunal Supremo (Sala primera) de 31 de octubre de 1951 (Ar. 2365). De su contenido pudiera deducirse que cada parte o interesado debe satisfacer el reintegro o timbre correspondiente a su ejemplar. Con esto se reconoce la validez del principio de que los gastos de legalización, impuestos, etc, deben ser de quien interese la existencia del documento (principio que aparece en Enneccerus y otros: *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1953. Tomo II, Vol. I, pág. 313).

Así establece la sentencia mencionada: “Que el Impuesto del Timbre, según la Ley que le regula, grava los documentos que cuando son privados y tanto en la oficina liquidadora del Impuesto de Derechos Reales, como en el pleito, no se han presentado más que un ejemplar firmado por las dos partes que en él han intervenido, y no habiendo estipulación sobre la obligación de pago, recae dicha obligación sobre aquél para el cual se ha expedido.....”.

denomina como el que tenga interés en la expedición del documento notarial. Así el Texto Refundido de 1967 encabeza el artículo 104 (que como ya se ha dado noticia se refiere al sujeto pasivo) con el título “sujeto pasivo y responsabilidad del tributo”.

El artículo 3 del Reglamento del Impuesto del Timbre acuñaba la noción de responsable del impuesto, donde se desarrolla la idea de interés jurídico, y que vuelve a aparecer en la normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. En primer lugar, se diferencia el sujeto pasivo y el responsable en el sentido de que este último no es suscriptor, expedidor o productor (nota que se predica del sujeto pasivo) y positivamente el documento le ofrece un interés jurídico.

De esta forma se identifica legalmente la noción de interés jurídico con la de ventaja o beneficio unida a la simple posibilidad de su exigencia o beneficio.

Amorós Rica nos dice en relación a la noción de interés jurídico⁴, que “no aparece formulada concretamente en el Reglamento y por ello resultaría aventurado formular su noción o concepto en forma rotunda o dogmática. Del texto reglamentario parece desprenderse que se puede identificar con el de ventaja o beneficio jurídico conocido, unido a la simple posibilidad de su exigencia o ejercicio. Esta noción no acaba de satisfacernos por encontrarla asaz incompleta. Se encuentra recogida más o menos implícitamente en el texto reglamentario. Así, el inciso final del número 2 del apartado 2) del artículo 3, interpretado *a sensu contrario*, nos proporciona la nota positiva de la ventaja o beneficio jurídico, e incluso la que ha de ser conocida por el interesado jurídicamente (no ignorada por éste, dice). La exigencia o ejercicio de tal ventaja o beneficio, aunque sea potencial, trasciende claramente de los números 1 y 2 del artículo 3. Por eso, la inconcreción que pudiera tener se compensa bastante con su ortodoxia legal o reglamentaria.

Todo concepto o noción trae siempre anejas consecuencias y éste no es una excepción. El que para que exista responsable por interés jurídico sea preciso que del documento, hecho tributario necesario, se desprenda una ventaja o beneficio para él, determina que si se desprendiera perjuicio u obligación no surgirá esta clase de responsabilidad. Tal puede ser el caso de documentos extintivos de obligaciones suscritos por el representante del acreedor, mientras que existirá esta clase de responsabilidad para el deudor no suscriptor (recibos, documentos liberatorios, etc). De otro lado, es preciso que se pueda ejercitar el derecho que otorga la ventaja o beneficio. Esto confirma la construcción eminentemente jurídica de esta responsabilidad y cómo quedan fuera de ella las ventajas o beneficios basados en puros hechos o acontecimientos. Incluso creemos que las obligaciones llamadas naturales no convertirán al acreedor en sujeto responsable. Es suficiente la posibilidad de ejercicio, pero esta simple posibilidad la estimamos indispensable e insoslayable.

De esta forma, existen dos hipótesis diferenciadas claramente de sujetos responsables, a saber: 1º. El poseedor o tenedor actual o pretérito de un documento que le puede reportar

⁴ Amorós Rica, Narciso: *Timbre del Estado*. Editorial de Derecho Financiero. Serie Textos Fiscales Anotados. Volúmenes I y II. Prólogo de Francisco Rodríguez Cirujeda. Madrid, 1961. También del mismo autor: voz “Impuesto del Timbre del Estado”. *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Barcelona: Francisco Seix, 1950, págs. 745 y 746.

interés jurídico y, 2º. El ejecutante de un derecho documentado que satisface su interés jurídico.

Estos supuestos encajan perfectamente en el concepto de interés jurídico que no exige la realidad del ejercicio del derecho, pero sí, indudablemente, su posibilidad. La verdadera clave de la consideración jurídica del sujeto responsable está en identificarlo con el titular de un derecho documentado susceptible de ejercicio.

El derecho debe tener o reportar interés o beneficio jurídico para el titular. Y al interés jurídico debe dársele la acepción dada por nosotros anteriormente”.

Por lo tanto, la regla general, y aplicable a los préstamos hipotecarios, si consideramos que en un préstamo no existe adquisición, como ya nos hemos encargado de corroborar por la aplicación de la normativa tributaria, será quien inste o solicite los documentos notariales, en concreto las primeras copias de la escritura pública. Todo ello en relación con los artículos de la Ley Hipotecaria y el Código Civil citados ya, y el Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, que establece en su artículo 224 (modificado en el año 2007, y en parte declarado nulo por sentencia del Tribunal Supremo) que además de cada uno de los otorgantes según el artículo 17 de la Ley, tienen derecho a obtener copia, en cualquier tiempo, todas las personas a cuyo favor resulte de la escritura algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por acto distinto de ella, y quienes acrediten, a juicio del Notario, tener interés legítimo en el documento. El artículo 17.2 de la Ley del Notariado establece: “Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes”. Artículos, además, que apoyan que quien adquiere un derecho real de garantía es el acreedor hipotecario, por lo que carece de sentido la distinción que hacen las sentencias del Tribunal Supremo entre adquisición y constitución del derecho real de hipoteca⁵.

⁵ Puig Peña, Enrique, en *la Nueva Enciclopedia Jurídica*. Publicada bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas ; [continuada por Buenaventura Pellisé Prats] ; con la colaboración de eminentes profesores y juristas. -- Barcelona : Francisco Seix, 1950-, voz *Copia*, pág. 741 (del tomo correspondiente a la voz) establece: “Tradicionalmente se ha venido distinguiendo en el derecho notarial entre primeras y segundas o posteriores copias. Se ha considerado siempre como primera copia la que tiene el derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes, o la persona a cuyo favor resulte en la escritura consignado algún derecho, ya sea directamente o adquirido en acto posterior. Segundas o posteriores copias se ha considerado siempre a las demás que pueden obtener los interesados y cuantas personas tienen derecho a ello mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: mandamiento judicial y citación de los interesados o del Ministerio Fiscal cuando se ignore la existencia de éstos o se hallen ausentes del pueblo de la notaría. Esta clasificación tradicional tenía y tiene importancia, como dice Núñez Lagos, 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 la de la 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 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*actualmente sería el artículo 517 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*); pues es claro que de admitirse a ejecución segundas copias sin este requisito, podría fácilmente despacharse ejecución dos o más veces contra una misma persona con los consiguientes perjuicios.

Pero fuera de esto, todas las copias notariales de una matriz deben tener el mismo valor (A pesar de la evidencia que representa esta afirmación, no se ha seguido este sencillismo en la práctica registral, y así como dice el hipotecarista antes citado, ha surgido el criterio de no admitir segundas copias para causar inscripción en el Registro de la Propiedad, criterio que tuvo reflejo hasta en alguna resolución (DGRyN 14 de marzo de

En definitiva, para ver quién es sujeto pasivo habrá que estar a la persona que inste o solicite la expedición de primera copia de escritura pública en los supuestos de préstamos hipotecarios, y para ello será necesario acudir a las normas que ya se han transcrito de la Ley y Reglamento Hipotecario, y, también, a la Ley y Reglamento Notarial, pero no cabe una interpretación del autor del Reglamento del Texto Refundido ITPAJD estableciendo que en los préstamos hipotecarios se considera sujeto pasivo al prestatario⁶.

Además, como ya se ha manifestado, la cuota proporcional del artículo 31.2 TR ITPAJD se refiere a las *primeras copias*, y como ya se ha manifestado, el prestatario nunca obtiene primera copia, sino copia simple, y es la entidad financiera la que asume la tramitación ante el Registro de la Propiedad de la primera copia de cara a la inscripción y consiguiente constitución de la hipoteca.

Así se traen a colación STS de 6 de noviembre de 1943 (Ar. 1196), que lo fue sobre la base del artículo 15 de la Ley de Timbre de 18 de abril de 1932, y en materia de cuota gradual de timbre que se ha de emplear en los instrumentos públicos.

Establece la sentencia de 6 de noviembre de 1943:

“Que el artículo 15 de la Ley contiene la escala gradual de timbre que se ha de emplear en los instrumentos públicos, ordenando el pago a metálico del exceso sobre la cuantía de 50.000 pesetas a razón de 4,5 por 1.000 y se refiere al primer pliego de las primeras copias de escrituras o documentos, empleando constantemente el plural, como es lógico, ya

1919 y que afortunadamente hoy está superado, así establece Díez Picazo, Luis: *Fundamento de Derecho Civil Patrimonial. Vol. III. El Registro de la Propiedad*. Civitas, Madrid 1995: “Documentos notariales, deben tratarse de escrituras públicas: Por regla general deberán presentarse en el Registro primeras copias de las escrituras autorizadas por el Notario en cuyo poder se encuentre el protocolo correspondiente. Puede practicarse en virtud de segunda copia (RDGR 14-3-1919)). Entendiéndolo así, el nuevo Reglamento notarial dispone en su artículo 233 que a los solos efectos del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*actualmente sería el artículo 517 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*) las copias de las escrituras se dividirán en primeras y segundas. Las personas de quien constare en el protocolo haber obtenido primera copia o los sucesores de las mismas que obren con tal carácter, no podrán obtener, sin las formalidades determinadas en el artículo 18 de la Ley, otro traslado de las escrituras cuando éstas contengan obligaciones exigibles en juicio ejecutivo.

Con excepción, pues, del juicio ejecutivo y de la regulación del timbre, todas las copias expedidas por el notario competente se considerarán con igual valor, sin más limitación que la derivada del artículo 1220 del Código civil cuando fueren impugnadas en el juicio declarativo correspondiente por los trámites de los artículos 597 y 599 de la ley de Enjuiciamiento Civil (*que actualmente se encuentran derogados, remitiéndose a los artículos correspondientes del juicio ordinario y verbal*).

⁶ Acosta España, R.: *El Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*. Tomo VII-2º. Dirigidos por Narciso Amorós Rica. Editorial de Derecho Financiero. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1991, pág. 1000 establece al respecto: “...Sin embargo, si ahondamos en la significación del Impuesto precisamente cuando atiende al documento que comprende los actos no sujetos (*se está refiriendo al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales*), probablemente entonces no quepa hablar de adquirente, a menos que se trate de actos unilaterales, y por ello aparece el *en defecto*. Con ello vemos que detrás del artículo se encierra la realidad de que cuando se trata de un impuesto estrictamente documental, son las relaciones con el documento, en cuanto tal, las que tienen trascendencia fiscal. Así este artículo, rebasada la expresión inicial (*la de adquirente*), nos ayuda a configurar el gravamen como Impuesto sobre una determinada especialidad de documentos solemnes”.

que de cada escritura puede obtener una primera copia cada uno de los otorgantes de la misma, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley del Notariado, y, además, todas las personas a cuyo favor resulte algún derecho que dimanar de la escritura directamente o por acto distinto de ella, y quienes a juicio del Notario acrediten tener interés legítimo en el documento, según dispone el artículo 305 del Reglamento (notarial) de 7 de noviembre de 1921”

“...Es de tener en cuenta que el hecho de no individualizarse en la Ley quién sea el sujeto del impuesto, cuando varios interesados obtienen primera copia de un mismo documento, demuestra que todos y cada uno de los que obtuvieron primera copia a su favor vienen obligados a satisfacer por ella la totalidad del gravamen con arreglo a la cuantía del contrato o contratos contenidos en el instrumento público, pues no cabe admitir, en buenos principios interpretativos, que la condición de contribuyente obligado al pago del impuesto dependa del momento de la presentación de la copia, exigiendo el gravamen total al primero que la presentó y el gravamen reducido a los que presentaron las suyas con posterioridad, conclusión a la que en ningún caso se puede llegar por no existir disposición en la Ley que lo autorice”.

“..... En consecuencia, que, en los documentos públicos que contengan contratos que no merezcan un trato especial, consignado expresamente en la Ley, debe satisfacerse el impuesto de timbre por medio de papel o pólizas, o el exceso a metálico, en su caso, por cada una de las primeras copias que se expidan a favor de los otorgantes; y la Sala, al decirlo así, resolviendo este recurso, sienta la doctrina a que en lo sucesivo han de atenerse los Tribunales inferiores, dejando intacta, en cumplimiento de lo ordenado por la Ley, la situación jurídica creada por la sentencia que el Tribunal provincial de S. Dictó en el recurso promovido por el señor S. Del C.”

Por todo lo dicho, si el artículo 68 del Reglamento establece una regla interpretativa⁷ de quién se considera adquirente, y, por tanto, sujeto pasivo en la modalidad de AJD en los préstamos hipotecarios, esta regla interpretativa, recogida en el Reglamento, es contraria a la Ley y Texto Refundido del impuesto, puesto que no existe adquirente en un préstamo, y en el supuesto de un préstamo hipotecario se estaría, en todo caso, a las otras reglas de determinación del sujeto pasivo en la modalidad de AJD recogidas en el artículo 29 del Texto Refundido.

III. OTRAS CUESTIONES EN RELACIÓN A ESTA MODALIDAD IMPOSITIVA

A continuación se sigue analizando el hecho imponible de esta modalidad, en dos expresiones de carácter general que son comunes a todos los presupuestos reales que pueden caer bajo el ámbito de este impuesto, que permitirá desentrañar el verdadero significado del hecho imponible del concepto actos jurídicos documentados (cuota

⁷ Reglas interpretativas que sí contempla el Reglamento del ITPAJD cuando establece la Exposición de Motivos del mismo “que se incluyen las disposiciones aplicativas o interpretativas que se han considerado necesarias para la adecuada efectividad del tributo”.

proporcional) del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Actos o contratos

El hecho imponible de la cuota variable o gradual o proporcional del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados viene constituido, además de otros requisitos, por la expresión “actos o contratos”.

La redacción del artículo 31.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados establece que el documento contenga acto O contrato

Se quiere poner de relieve que el uso de la conjunción disyuntiva (“O”) se está usando en este caso en sentido denominativo. En este uso, propiamente metalingüístico, se aclara el sentido de alguna expresión. Es decir lo que se está diciendo es que los actos en este caso se refieren a los contratos. Esta afirmación se recoge de la Gramática de la Real Academia de la Lengua, Tomo II, parágrafo 31.9f.

Y ello por qué. Pues precisamente si estudiamos la legislación hipotecaria histórica española vemos continuamente la misma redacción, se refiere a “actos o contratos”, y la explicación no puede ser otra que una redacción abierta y por lo tanto amplia de todos los títulos en que se declare, constituya, reconozca, modifique o extinga el dominio o derechos reales.... Es decir, está consagrando una cláusula abierta o para recoger cualquier contrato atípico, pero que suponga transmisión. Así establece el artículo 14 del Reglamento Hipotecario de 1915 en ejecución de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909: “.... *Así como cualquier acto o contrato que sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a los derechos reales*”.

Y esta idea se ve ratificada precisamente por la pluma certera de Roca Sastre (véase su Tratado de Derecho Hipotecario en ediciones antiguas) cuando nos viene a decir que si en el derecho francés con las leyes de Mesidor del año II y de Brumario del año VII se habían adoptado principios de gran energía registral, ellos no fueron recogidos por el Código de Napoleón. La ley de Transcripciones de 1855 corrigió este aspecto de la legislación francesa, instaurando un régimen de registración bastante extenso.

Los rasgos característicos del sistema francés en la actualidad son entre otros que los actos y derechos registrables son señalados casuísticamente en el sistema francés, quedando muchos fuera de la órbita de la transcripción. Al no adoptar el derecho francés una fórmula amplia y total de actos registrales, se ve precisado a presentar una lista o serie de los que quedan sujetos a transcripción.

Por lo tanto, el sistema francés registral sigue un sistema cerrado o casuístico, pero, sin embargo, en el ámbito tributario, el *droit d'enregistrement* tiene sus antecedentes en la Ley de 22 de Frimaire del año VII, y allí se habla en un sentido muy amplio de “*actes ou mutations...*”, y que viene referido a cualquier acto jurídico, independiente de su

naturaleza, que da lugar a su registro o inscripción, porque modifique las facultades sobre el dominio o cualquier derecho real sobre bienes.

Siguiendo con esa influencia de la legislación francés (*droit d'enregistrement*), la normativa española en este caso es traducción directa del derecho francés, donde los contratos (negocios jurídicos) se denominan *actes juridiques*, y el legislador español para evitar confusiones aclara poniendo a su lado contrato.

De esta forma Don Federico de Castro en su libro *El negocio jurídico*, en la página 20 de la reimpresión del año 2002 establece al respecto (sobre la recepción del término “negocio jurídico” de elaboración doctrinal alemana): “...En contraste con esta acogida, ha podido señalarse la de la doctrina francesa como de franca resistencia a recibir el concepto de negocio jurídico. Ella se ha mantenido fiel al uso tradicional del término acto jurídico (siguiendo a Grocio y Domat).....En los últimos años se ha procurado utilizar el término “*acte juridique*” con el significado restringido de negocio jurídico, diciéndose (así Planiol, Mazaud, Roubier) que se emplea para designar la operación jurídica (“*negotium*”), y no su prueba (“*instrumentum*”).

Por ello cuando nuestra legislación se está refiriendo a acto o contratos se está refiriendo a supuestos que modifican las facultades del derecho de dominio o de cualquier derecho real, en definitiva, que suponga una transmisión (mutación) en sentido amplio.

Cantidad o cosa valuable

Adicionalmente, la cuota proporcional se refiere a los documentos que contengan actos o contratos cuyo objeto sea *cantidad o cosa valuable*, se tiene que retomar otra idea que proviene de la regulación del *droit d'enregistrement* francés, a saber, que lo que se somete a tributación (por cuota proporcional) es el movimiento (circulación) de valor, por ello necesariamente lo que se somete a tributación es la *cantidad* que se incorpora en un reconocimiento de deuda o de una obligación, mientras que cuando habla de *cosa valuable* se está refiriendo al objeto que se transmite, o sobre el que se cede un usufructo, etc.

En definitiva, como decía el texto Refundido de 1960, sobre los actos o contratos por cuya virtud se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos u obligaciones de toda especie, y que al tratarse de primera copia van a llevar aparejada ejecución (así en la hipoteca; así en un reconocimiento de deuda, etc.).

Pero no se quiere descansar exclusivamente en el derecho francés, y para ello se hace otra mención que se considera trascendental, y es que la propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (cuyo redactor fue Gómez de la Serna), viene a hacer una expresa mención a cantidad o cosa valuable de la forma siguiente: “... *no solo el que haya vencido en juicio y obtenido ya una ejecutoria que obliga a su contrario a entregarle alguna cosa o satisfacerle alguna cantidad determinada.....*”. Y esta terminología es la que se usa en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil continuamente (ejecución dineraria, cantidad, o no dineraria, cosa valuable).

IV. AUTO RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE MAYO DE 2017 (SECCIÓN DE ADMISIONES DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)

Por último, respecto a la relevancia del pronunciamiento emitido por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2015, se ha pronunciado Auto por la Sección de admisiones del recurso de casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, donde se califica como pronunciamiento de carácter prejudicial, y que, por tanto, no es vinculante para la Sala, y así no muestra los requisitos que se requieren para que exista interés casacional objetivo.

Respecto a las cuestiones prejudiciales civiles, el pronunciamiento del tribunal civil sobre el asunto prejudicial, a tenor del artículo 42.2 LEC, no producirá cosa juzgada y no surtirá efectos fuera del proceso civil en que se haya adoptado. Por ello, la materia objeto de la cuestión prejudicial administrativa puede volverse a plantear, vía principal, ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

En igual sentido, el artículo 10 LOPJ establece que no puede suponer cosa juzgada, conforme al artículo 221 y ss. de la LEC.

Con ello lo que se quiere poner de manifiesto, es que aunque no vincule a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (como *a sensu contrario* recoge el apartado 2 del artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), está iniciando la formación de una doctrina legal sobre una cuestión de derecho, que parecía pacífica, y que no lo es, como se corrobora adicionalmente con las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo que sean transcrito a lo largo de este trabajo, porque el acento se está poniendo sobre la primera copia de una escritura pública, que es el hecho imponible, y, entonces, el que solicita esa primera copia o en interés de quien se expide esa primera copia, será la concreción legal del sujeto pasivo de esta modalidad del impuesto, y por ello el desarrollo reglamentario se puede considerar un desarrollo extralegal o ilegal.

Precisamente el artículo 4 de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando establece que la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales, está precisamente haciendo aplicación del artículo 1.7 del Código Civil (que en anteriores versiones tenía otra numeración y redacción, artículo 6 del Código Civil), que desechó que la jurisdicción tuviese que remitir las controversias sobre normas faltas de claridad y precisión a un órgano distinto, como fue en Francia el *réfère législatif*, o en España la necesidad de consultas a comisiones, como la Comisión General de Codificación, o incluso la de no juzgar so pretexto de insuficiencia o falta de claridad de la norma.

Es decir, en la actualidad la necesidad de plantear cuestión prejudicial ante la falta de claridad y precisión de la norma ha quedado circunscrita a la materia constitucional (monopolio de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional), a través de la cuestión de inconstitucionalidad, a las cuestiones prejudiciales en materia de Derecho de la Unión Europea (monopolio de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), y en materia penal.

Entonces, si la jurisdicción, fuera de esas materias, puede decidir plenamente, ello ya supone que por lo menos exista un interés casacional, para que el órgano competente por razón de la materia (quien tiene realmente su monopolio de interpretación, precisamente a través del poder casacional y unificador) la Sala de lo Contencioso-Administrativo, despeje las dudas jurídicas (cuestiones de derecho) que haya podido ocasionar la sentencia de la Sala de lo Civil sobre quién es el sujeto obligado al pago del impuesto sobre actos jurídicos documentados, cuota proporcional, en los préstamos hipotecarios, pero enfatizando, por la emisión de la primera copia de la escritura pública, que es lo que declara el artículo que regula el hecho imponible.

Y ello porque el órgano competente, según nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, para dilucidar las dudas de legalidad (como ha puesto de manifiesto la Sala de lo Civil, al tener una doctrina diametralmente opuesta a la Sala de lo Contencioso-Administrativo) sobre una norma (el artículo 68 del Reglamento del ITPAJD), es decir, una cuestión de derecho, es en exclusiva la Sala de lo Contencioso-Administrativo, máxime si además es una interpretación seria y objetiva, ni mucho menos temeraria (se entiende la de la Sala de lo Civil), la que pone en cuestión la expulsión de una norma de carácter reglamentario.

Por lo tanto, ello supone, a mi juicio, que la motivación dada por el propio Tribunal Supremo no es coherente con la doctrina de la tutela judicial en su vertiente de acceso al recurso, por una interpretación irrazonable y falta del principio de proporcionalidad, de la función profiláctica que tiene el recurso de casación, como instrumento para despejar las dudas de interpretación jurídica que se suscitan, que lleguen a formar jurisprudencia.

Es decir, ante interpretaciones contradictorias de la norma, necesariamente existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.