



Roj: **STS 3885/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3885**

Id Cendoj: **28079139912018100002**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **27/11/2018**

Nº de Recurso: **1049/2017**

Nº de Resolución: **1670/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JORGE RODRIGUEZ ZAPATA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 1.670/2018**

Fecha de sentencia: 27/11/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1049/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.9

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Transcrito por:

Nota:

Resumen

R. CASACION núm.: 1049/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 1670/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis María Díez Picazo Giménez, presidente

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Nicolás Maurandi Guillén



D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva  
D. Eduardo Espín Templado  
D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat  
D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo  
D. José Díaz Delgado  
D. Eduardo Calvo Rojas  
D. Ángel Aguallo Avilés  
D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella  
D. Juan Carlos Trillo Alonso  
D. José Antonio Montero Fernández  
D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech  
D. José María del Riego Valledor  
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy  
D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo  
D. Diego Córdoba Castroverde  
D<sup>a</sup>. Inés Huerta Garicano  
D. José Luis Requero Ibáñez  
D. César Tolosa Tribiño  
D. Francisco José Navarro Sanchís  
D. Jesús Cudero Blas  
D. Ángel Ramón Arozamena Laso  
D. Rafael Toledano Cantero  
D. Fernando Román García  
D. Dimitry Berberoff Ayuda  
En Madrid, a 27 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en Pleno, el recurso de casación número 1049/2017 interpuesto por La Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, S.A. Unipersonal, siendo su socio único el Ayuntamiento de Rivas Vaciamadrid, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Lourdes Amasio Díaz y bajo la dirección letrada de don Ramón Casero Barrón. Se impugna la sentencia dictada por la Sección Novena de la Sala de lo contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de noviembre de 2016, en el recurso contencioso administrativo que pende ante dicha Sala con el número 202/2015.

Han sido partes recurridas la **Administración General del Estado**, representada y defendida por el **Abogado del Estado** y la **Comunidad de Madrid**, representada y defendida por el **Letrado de sus Servicios Jurídicos**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- La Sección Novena de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 18 de noviembre de 2016. Resuelve un recurso interpuesto por la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, Sociedad Anónima Unipersonal (en adelante EMVRV), contra resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, de 28 de noviembre de 2014, que desestimó reclamación contra la resolución de la Oficina Liquidadora de Alcalá de Henares, que inadmitía el recurso de reposición contra liquidación del impuesto sobre actos jurídicos documentados derivada del documento correspondiente.

**SEGUNDO.**- La sentencia tiene la siguiente parte dispositiva:



"Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, SAU, representada por la Procuradora doña María Lourdes Amasio Díaz, contra la resolución del TEAR de fecha 28 de noviembre de 2014, la cual anulamos, confirmando la liquidación provisional de que proviene por ser ajustada a Derecho e imponiendo a la citada recurrente las costas procesales causadas hasta el límite de 2.000 euros por gastos de representación y defensa de las demandadas".

En el último fundamento jurídico se aclara que, pese a la parcial estimación de las pretensiones de la actora, la falta de explicación razonable sobre la presentación de dos recursos de reposición y en dos fechas distintas así como la manifiesta inconsistencia de, al menos, el primer motivo impugnatorio deducido contra la liquidación tributaria constituyen circunstancias significativas de la temeridad que justifica la imposición de las costas procesales en virtud de lo previsto en el segundo párrafo del art. 139.1 LJCA.

La sentencia tiene un voto particular discrepante que considera que, sin llegar a tildar de falso el sello de la ventanilla única de Rivas Vaciamadrid, compartía el criterio de la oficina liquidadora que entendió que el recurso de reposición había sido presentado fuera de plazo.

**TERCERO.-** Notificada dicha sentencia, la EMVRV demandante preparó recurso de casación por escrito de 13 de febrero de 2017.

Por auto de la Sala de instancia de 21 de febrero de 2017 el recurso fue tenido por preparado emplazando a las partes para su comparecencia ante esta superioridad en el plazo de treinta días.

**CUARTO.-** Personadas las partes, la Sección de admisión de la Sala Tercera acordó, en providencia de 23 de junio de 2017, la inadmisión a trámite del recurso de acuerdo con el artículo 90.4 d) de la LJCA, por carencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sin que la sentencia de la Sala de lo Civil de 23 de diciembre de 2015 tuviera relevancia puesto que fija una interpretación del artículo 68 del Reglamento del ITPAJD a efectos meramente prejudiciales, con imposición de costas a la recurrente.

**QUINTO.-** La parte actora presentó incidente de nulidad de actuaciones contra la providencia anterior el 6 de septiembre de 2017 ( artículo 241 LOPJ), por error patente pues había alegado, además de la sentencia de la Sala de lo civil, dos sentencias de la Sala Tercera sobre las que la providencia guarda un silencio absoluto.

Impugnado el incidente por las partes recurridas, por Auto de la Sección de Admisión de 18 de octubre de 2017 se estimó el incidente de nulidad y se anuló la providencia anterior. Se entiende por la Sección que si la providencia de inadmisión guarda silencio sobre las sentencias de la Sala Tercera citadas, que la actora considera contradictorias, no cabe apreciar, respecto de ellas, la igualdad sustancial de las cuestiones examinadas, por lo que el debate queda reducido a determinar si la sentencia de la Sala Primera, que sí resulta contradictoria con la recurrida, puede o no ser considerada a efectos de la apreciación de la concurrencia del interés casacional objetivo.

Se razona que, como la Sección de admisión se ha pronunciado en auto de 19 de junio de 2011 (queja 346/2017; ES: TS: 2017: 6518A) entendiéndose que no puede rechazarse sin más como impertinente la doctrina contradictoria emanada de sentencias de la Sala Primera del Supremo, procede admitir el recurso de casación porque, aunque existe doctrina de la Sala que entiende que el sujeto pasivo es el prestatario, el criterio reciente sentado por la Sala Primera de la Sala en sentencia de 23 de diciembre de 2015 ha abierto un debate doctrinal que aconseja una nueva respuesta del Tribunal Supremo.

En consecuencia la Sección admite el recurso de casación y aprecia que la cuestión planteada tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que consiste en precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria.

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 8, 15 y 29 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

**SEXTO.-** Remitidas las actuaciones a la Sección Segunda de la Sala Tercera, competente para su tramitación y decisión, en diligencia de ordenación de 5 de diciembre de 2017 se dio traslado a la recurrente para la interposición.

Suplica en el mismo que se dicte sentencia por la que se declare haber lugar al recurso; se anule la sentencia de instancia y se declare la nulidad del artículo 68.2 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así como que la recurrente no es sujeto pasivo del impuesto sobre Actos



Jurídicos Documentados y que se anule la liquidación administrativa que se le ha girado en tal concepto, con condena en las costas de la instancia.

Por otrosí pide que se acuerde la celebración de vista pública dada la trascendencia que ve en el asunto.

**SÉPTIMO.-** El Abogado del Estado, don Ricardo Huesca Boadilla, pide la desestimación del recurso. Pone de relieve que la cuestión a analizar es la posible contradicción de la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo acerca de la condición de sujeto pasivo del prestatario en las escrituras públicas que documenten préstamos con garantía hipotecaria sujetas al gravamen de AJD con el criterio del Pleno de la Sala Primera de lo Civil de 23 de diciembre de 2015, como ratifica el Auto de admisión que, precisa, excluye del debate las sentencias de la Sección Segunda de la Sala Tercera. Observa que ese criterio se ha modificado ya en las sentencias del Pleno de la Sala Primera de 15 de marzo de 2018 (casaciones 1518/2017 y 1211/2017), que expone, y cree que procede rechazar el intento del recurrente de cambiar, sin citarla siquiera, la doctrina de la Sala Tercera de este Supremo y la del Tribunal Constitucional, con un criterio que critica por erróneo.

La misma pretensión formula el Letrado de la Comunidad de Madrid recurrido, don Francisco A. Bravo Virumbrales en su contrarrecurso. Subraya también el cambio de criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cree que la Ley es muy clara y no ofrece duda alguna en cuanto a la condición de sujeto pasivo del prestatario; hace mérito de la abundante jurisprudencia de la Sala Tercera en tal sentido y pide la desestimación del recurso.

**OCTAVO.-** El letrado de la parte recurrente, don Ramón Casero Barrón, en escrito de 18 de abril de 2018, pide que se reconsidere la necesidad de celebrar vista pública, dado que las sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil de 15 de marzo de 2018 son posteriores a la interposición del recurso. La Sección Segunda rechazó esa petición en providencia de 14 de junio de 2018, al entender que, conforme al artículo 92.6 de la LJCA, la vista era innecesaria atendiendo a la índole del asunto. Y dispuso que el recurso quedase concluso y pendiente de señalamiento para deliberación y fallo cuando por turno le correspondiese.

**NOVENO.-** Por acuerdo del Presidente de la Sala de 22 de octubre de 2018 se avocó al Pleno de la Sala Tercera el conocimiento del recurso 1049/2017, de conformidad con el artículo 197 LOPJ y el acuerdo de la Sala de Gobierno de 10 de octubre de 2017 sobre normas de reparto. Se justifica la avocación por considerarse necesario para la administración de Justicia, a la vista de la cuestión litigiosa suscitada, que reviste trascendencia general. De conformidad con las normas de reparto la ponencia siguió correspondiendo al Magistrado que la tenía atribuida en la Sección Segunda, Excmo. Sr. don Nicolás Maurandi Guillén.

**DÉCIMO.-** En escrito de 29 de octubre de 2018, el Magistrado de la Sala, Excmo. Sr. don Luis Pablo se abstuvo en el conocimiento del recurso por la causa 10ª del artículo 219 de la LOPJ, consistente en tener interés directo o indirecto en la decisión y fallo, por las circunstancias que expuso.

En Auto de la Sección competente del Pleno, de 31 de octubre de 2018 se declaró justificada la abstención.

**UNDÉCIMO.-** Se señaló para la celebración del Pleno la audiencia del día 5 de noviembre de 2018, a partir de las 10 horas. Durante los días 5 y 6 de noviembre de 2018 se desarrolló el acto procesal de deliberación en el Pleno, produciéndose la votación y fallo del recurso el día 6 de noviembre de 2018.

Al no conformarse con el voto de la mayoría, el Magistrado Ponente Excmo. Sr. don Nicolás Maurandi Guillén declinó la redacción de esta resolución, debiendo formular su voto particular a la misma ( artículo 206.1 LOPJ); en dicho acto el Presidente de la Sala encomendó la redacción de la sentencia al Magistrado del Pleno Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez Zapata Pérez, conforme a lo establecido en el artículo 206. 2 LOPJ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Sobre la avocación a Pleno de este recurso y de los recursos de casación 1653/2017 y 5911/2017.*

Antes de entrar en el examen de las posiciones procesales de las partes es preciso referirse a las especiales circunstancias que concurren en este recurso y que han determinado su avocación al conocimiento del Pleno de esta Sala Tercera para su deliberación y fallo, en forma conjunta a los recursos de casación 1653/2017 y 5911/2017.

La avocación a Pleno de los tres asuntos citados fue acordada por el Presidente de la Sala en virtud de lo dispuesto en el artículo 197 LOPJ, que prevé que formen Sala todos los magistrados que la componen cuando el Presidente o la mayoría de los magistrados que la integran "lo estime necesario para la administración de Justicia".

La posibilidad de convocar un pleno jurisdiccional para la deliberación y fallo de algún asunto está contemplada en las normas procesales como un procedimiento regular, que si bien y como es natural no es frecuente, en



modo alguno cabe calificar de excepcional o insólito. Tanto la LOPJ como nuestra propia Ley jurisdiccional hacen referencia a la posibilidad de avocación a pleno de asuntos en otros preceptos, además del citado artículo 197 LOPJ, como lo son el 264 de ese mismo cuerpo legal o el artículo 92.7 de la Ley jurisdiccional, tras su reforma en ambos casos por la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, que se refiere en forma específica al recurso de casación en su actual configuración.

Así, el artículo 264 LOPJ contempla que el Presidente, por sí o a petición mayoritaria de los miembros de la Sala, convoque plenos jurisdiccionales "para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales", especialmente -y por tanto, no sólo en tales supuestos- en los casos en los que se hubieran producido diversidad de criterios interpretativos entre secciones de la Sala o Tribunal. Debe subrayarse que la actual redacción, en la que se ha añadido expresamente que el pleno sea "jurisdiccional", procede de la reforma legal citada operada en el año 2015, lo que revela la previsión del legislador más reciente de que el Pleno no se limite a la fijación de un criterio en abstracto, sino de que lo haga mediante la resolución jurisdiccional de asuntos concretos sustancialmente semejantes.

Por su parte, el artículo 92.7 de nuestra propia Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, a propósito precisamente del nuevo recurso de casación por interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que es el supuesto que ahora nos ocupa, establece que "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 o de votación y fallo tengan lugar ante el Pleno de la Sala". Como puede comprobarse, la amplitud establecida para concretar las razones que pueden llevar un asunto a conocimiento de un pleno jurisdiccional, no puede ser mayor: "cuando la índole del asunto lo aconsejara". Debe añadirse también que esta previsión se contempla una vez tramitado el asunto, lo que evidencia que la avocación a pleno puede producirse en cualquier momento anterior a su votación y fallo.

De lo anterior se deduce, por tanto, que el Presidente de la Sala de lo contencioso-administrativo, por propia decisión o a instancias de la mayoría de los Magistrados de una sección ( art. 92.7 LJCA) o de los miembros de la Sala ( arts. 197 y 264 LOPJ), puede avocar un asunto para su resolución por el Pleno de la Sala cuando se estime necesario para la administración de justicia ( art. 197 LOPJ), para la unificación de criterios o de prácticas procesales ( art. 264 LOPJ) o, en fin, cuando así lo aconseje la índole del asunto ( art. 92.7 LJCA).

En el presente caso y tal como se ha recogido ya en los antecedentes, por acuerdos de 22 de octubre de 2018, el Presidente de la Sala resolvió avocar al Pleno en virtud de lo dispuesto en el artículo 197 LOPJ los recursos mencionados "por considerarse necesario para la administración de Justicia, a la vista de la cuestión litigiosa suscitada en dicho recurso, que reviste una trascendencia general que justifica su deliberación por el Pleno de la Sala".

En conclusión, la razón aducida es pues, tal como hemos visto, conforme a la regulación que se ha expuesto, sin que quepa por tanto duda de la regularidad de la avocación al Pleno de la Sala Tercera por parte del Presidente de la Sala Tercera mediante el acuerdo adoptado el 22 de octubre de 2018.

**SEGUNDO.-** *Sobre las circunstancias concurrentes en los recursos avocados a Pleno.*

La controversia social que se ha originado con las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, dictadas por la Sección Segunda de esta Sala en los asuntos 5350/2017, 4900/2017 y 1168/2017, respectivamente, en relación con la determinación del sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados, referidos a los préstamos hipotecarios, con la posterior convocatoria del Pleno de esta Sala para conocer de recursos idénticos a los resueltos en las sentencias citadas y, finalmente, a raíz del conocimiento público del sentido del fallo de los asuntos avocados a Pleno, hace necesaria una explicación de las especiales circunstancias que han concurrido, como es evidente desde una perspectiva exclusivamente jurisdiccional.

En lo que se refiere a la cuestión que constituye el núcleo del litigio en los seis recursos fallados en estos días hasta el momento sobre la materia mencionada (los ya mencionados por parte de la Sección Segunda y los tres que se han resuelto en el Pleno), esta Sala mantenía desde 1988 con la normativa anterior y desde 2001 con la ahora vigente una jurisprudencia constante en la que se atribuía al prestatario el pago del referido impuesto, jurisprudencia que exponemos ampliamente más adelante. A su vez la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, en dos sentencias de Pleno de marzo de 2018 a las que se hará posterior referencia, y rectificando una jurisprudencia anterior -en la que no se había afrontado el tema de manera directa-, había declarado que, en armonía con la jurisprudencia de esta Sala Tercera, en la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados era el prestatario.



Las sentencias de esta Sala de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, en las que, por el contrario, se consideraba al prestamista sujeto pasivo de dicho impuesto, suponían por tanto, y sin que se hubiera producido una previa modificación del corpus normativo aplicable ni ninguna otra circunstancia que pudiera incidir en la resolución de los asuntos, un drástico viraje jurisprudencial respecto a lo que este Tribunal había declarado con anterioridad y por largo tiempo en la jurisdicción contencioso-administrativa, así como respecto a lo declarado por la Sala de lo Civil en Pleno de este Tribunal, giro que tuvo un amplísimo eco social y jurídico por la indudable trascendencia económica y social de la materia. Pues bien, fue este cambio jurisprudencial y su trascendencia lo que explica y justifica la avocación a pleno de recursos idénticos para que sea también el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el que, como máxima expresión de la interpretación del ordenamiento jurídico contencioso-administrativo, confirmase dicho giro jurisprudencial o bien ratificase la jurisprudencia que, sin más controversia que las naturales polémicas doctrinales, había regido la práctica hipotecaria española y la actividad legislativa autonómica en las últimas décadas.

Es pertinente precisar que la necesidad de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión jurídica litigiosa (el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados) en los tres asuntos de los que ahora conocemos fue objeto de debate y de decisión expresa por el Pleno.

La convocatoria de un Pleno al objeto de resolver sobre el criterio jurisprudencial que esta Sala debía adoptar en definitiva en la materia ha sido contemplada en algún caso con preocupación, por entender que equivalía, materialmente, a una suerte de recurso contra previas decisiones firmes. Sólo desde un grave desconocimiento jurídico puede calificarse así la fijación de jurisprudencia en casos de controversia jurídica por parte del Pleno de una sala jurisdiccional. En el plano jurídico formal, ya hemos señalado que la fijación definitiva de jurisprudencia es, precisamente, una de las finalidades básicas -si no la que más- de los plenos jurisdiccionales. Por otra parte, está fuera de discusión y entra dentro de los más elementales principios jurídicos, que el criterio jurisprudencial sentado por un Pleno jurisdiccional no afecta al fallo de las sentencias firmes anteriores, en este caso, a las dictadas por esta Sala en octubre en los recursos 5350, 4900 y 1168/2017.

No hay pues revisión alguna de casos juzgados, pero sí puede haberla, con toda legitimidad, de la doctrina expresada en los mismos. Así lo ha entendido esta Sala Tercera, sin discusión, en diversos precedentes en los que el Pleno de la misma, por decisión de su Presidente o a petición de los magistrados, ha avocado el conocimiento de recursos para sentar un criterio que revisaba el previamente adoptado por una o varias Secciones de la Sala.

Baste recordar, a este respecto, las sentencias de Pleno de 28 de junio de 1994 (Rec 7105/1992), sobre nombramiento de Fiscal General del Estado, de 30 de noviembre de 2007 (RC 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 (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 (Casación 2495/2009).

La cita de estos precedentes no tiene más valor que recordar que la rectificación de un criterio de una Sección por parte del Pleno de una Sala no es nada que deba llamar la atención o que pueda suscitar el argumento, ciertamente insólito, de que habiendo dictado sentencia sobre una cuestión una Sección, ya habría formado jurisprudencia que haría improcedente la intervención del Pleno. Antes al contrario, entra dentro de lo ordinario el que en determinadas circunstancias 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 nuevo, como es el caso presente, de gran relevancia jurídica o social, es común, decimos, que sea la propia sección a la que corresponde el asunto la que inste la intervención del Pleno. Así, sucedió, por ejemplo, en los supuestos antes citados en los que el Pleno finalmente se separó del previo criterio de una Sección.

**TERCERO.-** *Sobre la jurisprudencia emanada del Pleno de la Sala Tercera.*

Entender lo contrario a lo razonado en el anterior fundamento de derecho sería tanto como sostener que la atribución de asuntos a las secciones, que se acuerda anualmente por la Sala de Gobierno a propuesta del Presidente de cada sección, es una suerte de atribución competencial excluyente que impide que el Pleno asuma la fijación de doctrina en cualquier materia. O, dicho en otros términos, es preciso rechazar frontalmente la idea de que, fijado un criterio por una sección en el ámbito de su competencia material, la doctrina resultante resulta intangible para el Pleno. Nada más distante de la realidad, pues toda interpretación



jurisprudencial existente en un momento dado podrá siempre ser modificada de forma motivada y justificada por cambios normativos o por la aportación de criterios jurídicos relevantes y suficientes, tanto por una sección respecto a sus propios precedentes como -con mucho mayor fundamento- por el Pleno respecto a cualquier jurisprudencia previa. Así, en el caso de autos, al igual que las sentencias de octubre de la Sección Segunda de esta Sala discreparon de la jurisprudencia dictada en décadas, el Pleno ha podido resolver asuntos semejantes a los resueltos por dicha Sección con criterio contrario, mantener la continuidad de dicha jurisprudencia y evitar que se consolidase un criterio discordante y ocasional de tres sentencias procedentes de la referida Sección.

A este respecto conviene precisar que resulta fútil el argumento de que con las tres sentencias de octubre ya se había sentado jurisprudencia, y que no resultaba admisible su revisión inmediata por el Pleno de esta Sala. Y no ya sólo porque los tres recursos fuesen idénticos y deliberados conjuntamente -que también-, sino porque como se acaba de señalar y es evidente, cualquier criterio jurisprudencial, incluso consolidado, puede cambiarse (de nuevo, ha de insistirse, motivadamente y por razones que lo justifiquen de forma suficiente). Así, pudo separarse la Sala en las referidas sentencias de la Sección Segunda respecto a una jurisprudencia consolidada, y así lo ha hecho el Pleno de la Sala respecto a tres únicas sentencias discordantes con dicha jurisprudencia, se considere o no que tal posición discrepante haya de ser calificada o no propiamente como jurisprudencia, a la vista de que fue un criterio adoptado en recursos idénticos en una misma deliberación y, sobre todo, a la vista de su inmediata desautorización por el Pleno.

Tampoco puede argüirse que la nueva configuración del recurso de casación, con un fuerte sesgo objetivista al poner como requisito de admisión el que el asunto presente interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, modifica las conclusiones anteriores. Con independencia de las novedades que la regulación casacional vigente desde 2015 presenta en diversos aspectos, la misma no altera el valor de la jurisprudencia ni afecta a su permanencia ni a la posibilidad de su modificación. Nada hay, en efecto, en la actual redacción del recurso de casación que otorgue más valor a una o varias sentencias dictadas por la Sala, sea en una sección o sea por el Pleno, que lo que ocurría antes de la reforma de 2015.

Debe también subrayarse que la propia noción de la jurisprudencia supone su prevalencia sobre la variabilidad de la composición de los órganos judiciales. Hemos señalado antes que la modificación de una jurisprudencia previa, tanto parcial como un cambio drástico como el efectuado por las sentencias de esta Sala dictadas en octubre, requieren no ya sólo una motivación, sino asimismo una justificación de dicho cambio. No es preciso extendernos, por ser jurisprudencia constitucional hartamente conocida, sobre la necesidad imperiosa de que las resoluciones judiciales estén motivadas por exigencia básica del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución (por todas, STC 66/2010, de 18 de octubre, FJ 2). Y es también claro que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige que en supuestos sustancialmente iguales, un mismo órgano judicial deba motivar expresamente su apartamiento del criterio anterior. En el supuesto que enjuicamos, no cabe duda de que las sentencias de octubre de esta Sala cumplían sobradamente con las mencionadas exigencias constitucionales, no así en lo que respecta a la justificación del cambio.

En relación con las sentencias del Pleno de la Sala y desde el punto de vista del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación jurisdiccional de la Ley ( art. 14 CE) es evidente, en primer lugar, que no existe identidad de órgano judicial entre el Pleno y las Secciones. Una decisión del Pleno de esta Sala es distinta y prevalente respecto de la de cualquier Sección de la misma ya que éstas son orgánica y funcionalmente órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada, lo que es suficiente para desvirtuar una desigualdad en la aplicación judicial de la ley; (por todas, STC 40/2015, de 2 de marzo), en segundo, y no menos importante lugar, tanto el mantenimiento como un cambio de jurisprudencia es constitucionalmente legítimo cuando se produce para ser mantenido por la Sala al abandonar y volver a una doctrina originaria que hace patente que la diferencia de trato se funda en un cambio de criterio acogido con vocación de generalidad que mantiene una línea jurisprudencial que será seguida por los pronunciamientos posteriores del mismo órgano jurisdiccional y, por tanto, no implica una respuesta *ad personam*, con fundamento en razones jurídicas objetivas ( STC 105/2009, de 4 de mayo, FJ 8). Precisamente la avocación al Pleno trata de evitar rupturas ocasionales en una línea que se venía manteniendo con uniformidad antes de las decisiones divergentes adoptadas por la Sección Segunda de la Sala (por todas, STC 179/2015, de 7 de septiembre, FJ 4, y las que cita). En definitiva 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, que es una de las razones que explican la avocación al Pleno que contempla el artículo 92.7 LJCA.

Por último, es necesario adentrarnos, al margen ya de dichas exigencias constitucionales, en el propio significado de la jurisprudencia como fuente del derecho que complementa el ordenamiento jurídico, según establece el Código Civil en su artículo 1.6. En efecto, la noción de jurisprudencia está estrechamente asociada a su continuidad por encima de la composición personal de los órganos judiciales y de eventuales cambios



de criterio que se funden exclusivamente en la modificación de dicha composición. Sólo así, además, queda debidamente asegurado el respeto al principio de seguridad jurídica, que consagra el artículo 9.3 de la Constitución, y la confianza legítima de todos los operadores jurídicos en la estabilidad de un marco normativo y de decisión judicial que la asegure. La modificación de una jurisprudencia requiere evidentemente una motivación suficiente y expresa, pero debe estar además justificada, tanto más cuanto más consolidada sea, en razones jurídicas relevantes que vayan más allá del criterio jurídico personal de los magistrados que integran un órgano judicial colegiado. Como es evidente, esto no supone negar la posibilidad de que un órgano judicial varíe la previa jurisprudencia, posibilidad que ya hemos dejado sentada; supone, en cambio, afirmar que admitir un cambio jurisprudencial sin que haya habido ninguna modificación normativa ni fáctica y sin que se aduzca para fundarla ningún principio jurídico que no haya sido tenido en cuenta con anterioridad, sino tan sólo una diferente interpretación de las mismas normas y principios jurídicos por la nueva composición del Tribunal, puede llevar al arbitrio judicial y a que una eventual alteración coyuntural de la composición de un órgano judicial colegiado - como no es insólito que ocurra por diversas razones legales- conduzca a la modificación de la jurisprudencia. En tal sentido es aplicable la máxima del common law " *stare decisis et quia non movere*" El valor de la jurisprudencia está en estrecha dependencia con el principio de seguridad jurídica, el cual requiere, en su proyección sobre la actividad jurisprudencial, la previsibilidad de las resoluciones judiciales, que es un factor de competitividad del sistema jurídico en un entorno global, y tal previsibilidad no queda asegurada si la jurisprudencia queda al albur de cualquier cambio ocasional en la composición de un órgano colegiado. Otra cosa es, como es natural, si el cambio jurisprudencial se justifica con la modificación de factores jurídicos, no necesaria o únicamente de las normas directamente concernidas, o fácticos, o bien en la invocación de principios o presupuestos sistemáticos novedosos o no aplicados previamente. No resulta un fundamento suficiente, por el contrario, 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.

Lo que se acaba de exponer priva de justificación al criterio interpretativo que ha conducido al fallo en las sentencias de esta Sala, dictadas en octubre por su Sección Segunda en contra de la jurisprudencia constante de esta Sala, doctrina que queda confirmada por este Pleno. Tales sentencias, dictadas en casos idénticos y deliberadas conjuntamente, se han separado de la jurisprudencia reiterada de esta Sala sin fundamento suficiente, como se expone en el fundamento de derecho sexto y séptimo de esta Sentencia, y es dicha jurisprudencia reiterada la que el Pleno de la Sala, en resolución mayoritaria de todos los magistrados que la integran, mantiene ahora mediante esta sentencia.

**CUARTO.-** *Sobre el recurso de casación interpuesto por Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, S.A.U.*

Tras los razonamientos expuestos procede entrar ya en el enjuiciamiento del recurso de casación interpuesto, lo que aconseja exponer con detalle las vicisitudes procesales del mismo, que ya se adelantaron en parte en el extracto de antecedentes

#### *1. Sobre la preparación y admisión del recurso.*

La representación procesal de la entidad demandante en la instancia anunció recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 18 de noviembre de 2016, en el recurso 202/2015, en el que identificaba como normativa infringida el artículo 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre) y argumentaba, en síntesis, que exigir el impuesto al deudor hipotecario iría en contra de la normativa proteccionista de los deudores hipotecarios existente en la Unión Europea y hacía referencia también la entidad recurrente a la normativa en materia de consumidores y usuarios. Mencionaba la parte, además, en su escrito, la ilegalidad del artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, lo que figura expresamente alegado en su escrito de demanda presentado en la instancia.

En dicho escrito de preparación, invocaba la parte, para justificar el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, conforme exige el artículo 89.2.f) LJCA, la contradicción del pronunciamiento de instancia con anteriores sentencias de este Tribunal Supremo, mencionando, en concreto, la dictada por la Sala de lo Civil, de fecha 23 de diciembre de 2015, recaída en el recurso 2658/2013, conforme a la cual la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que "al menos 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", de manera que una cláusula en la que se traslade el tributo a la otra parte contratante -el prestatario- resulta abusiva.

La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación mediante auto de 21 de febrero de 2017 y la Sección Primera de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo admitió mediante otro de 18 de octubre de 2017, previa declaración de nulidad de una providencia anterior que acordó su inadmisión.

El citado auto, tras rechazar la invocación de dos sentencias de esta Sala Tercera como fundamento de la contradicción alegada, al no concurrir respecto de ellas la igualdad sustancial de las cuestiones examinadas, fundamenta el interés casacional objetivo en la contradicción existente con la sentencia de la Sala de lo Civil antes mencionada, argumentando que:

"Ante la contradicción denunciada, la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo considera que el asunto presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia. Aunque se trata de una cuestión sobre la que 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, el reciente criterio contrario sentado por la Sala Primera ha abierto un debate doctrinal que requiere una nueva respuesta por parte de este Tribunal Supremo, máxime cuando, como pone de manifiesto la entidad recurrente en su escrito de preparación, es una materia que afecta a un gran número de situaciones y tiene una importante trascendencia social, más allá del caso objeto del proceso".

Y precisa el auto que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en 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, identificándose como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los artículos 8, 15 y 29 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

## *2. Sobre las alegaciones de la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, S.A.U.*

Admitido el recurso, por la parte se presentó escrito de interposición, en el que justificaba la infracción del artículo 29 del Texto Refundido regulador del impuesto, argumentando que el acento habría de ponerse no tanto en el hecho de la adquisición de un bien o de un derecho, sino en el hecho de la primera copia, pues, conforme a la redacción del precepto, lo natural es que el sujeto pasivo lo sea el que solicite la expedición de la primera copia o aquella persona en cuyo interés se expida. Y ello por cuanto el título que habilita la ejecución, conforme al artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es esta primera copia, de lo que la parte deduce que el sujeto pasivo ha de ser la entidad prestamista, pues es esa primera copia la que posibilita el iniciar un juicio ejecutivo que permite la ejecución de la garantía por la entidad financiera.

Añadía la parte en su escrito que no resultan aplicables al litigio los artículos 8 y 15 del Texto Refundido, por cuanto ambos están incardinados en la regulación de la modalidad impositiva de transmisiones patrimoniales onerosas y concluye que el artículo 29 ha de ser interpretado en el sentido de que en el supuesto de constitución de la hipoteca, el sujeto pasivo ha de ser el adquirente de este derecho, que es a su vez quien insta la expedición de la primera copia y a quien le interesa dicha expedición.

Además, argumentaba que el propio Texto Refundido abundaba en esta conclusión, pues al fijar la base imponible de la cuota proporcional dispone que la misma está constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimientos u otros conceptos análogos. De todo ello deduce que el artículo 68.2 del Reglamento es contrario a la Ley, pues extiende el tratamiento unitario del préstamo hipotecario a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, cuando dicho tratamiento está reducido exclusivamente a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales.

Continuaba argumentando que, frente a la consideración de la hipoteca como un contrato accesorio del préstamo, en la aplicación de la modalidad impositiva de Actos Jurídicos Documentados, el contrato accesorio, es decir, el derecho de hipoteca, se convierte en esencial, pues, de eliminarse la garantía hipotecaria, no nace el impuesto en su modalidad de Actos Jurídicos Documentados, de lo que deduce la entidad recurrente que la hipoteca sí tiene sustantividad propia, como negocio principal, y es el que motiva la exacción del impuesto.

Por último, invocó la doctrina contenida en la sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, antes mencionada y que, como ya se ha dicho, justificó la admisión del recurso por interés casacional, conforme a la que la entidad prestamista ha de considerarse sujeto pasivo de este impuesto en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados.



En consecuencia, interesó la recurrente la estimación del recurso de casación, con revocación de la sentencia recurrida; la declaración de nulidad del artículo 68.2 del Reglamento de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; 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.

### *3. Oposición al recurso de casación del Abogado del Estado.*

El Abogado del Estado se opuso al recurso interpuesto de contrario, manifestando, en primer lugar, que, a tenor del auto dictado por la Sección de admisión, la cuestión en el presente recurso de casación se ciñe a analizar la posible contradicción de la doctrina jurisprudencial de esta Sala Tercera con la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil en fecha 23 de diciembre de 2015, que consideró sujeto pasivo del impuesto a la entidad prestamista, en cuanto adquirente del derecho real de hipoteca. Argumenta que, contra lo que indicaba el auto de admisión, en relación con la necesidad de "aclarar, matizar, revisar o ratificar" la doctrina de la Sala Tercera en relación a la cuestión litigiosa, la parte recurrente se ha limitado en su escrito a efectuar una exposición teórico-doctrinal sobre la naturaleza del documento notarial, el hecho imponible sujeto a este gravamen y el carácter principal o accesorio de los negocios jurídicos contenidos en el documento, sin basar su recurso tampoco en la doctrina contenida en la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil, más allá de mencionar la conclusión a la que llega la misma.

Añade el Abogado del Estado que el mismo Pleno de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, en dos sentencias dictadas el 15 de marzo de 2018, en los recursos de casación 1518/2017 y 1211/2017, ha rectificado el criterio anterior haciendo suya la doctrina de esta Sala Tercera, que ha venido estableciendo que el sujeto pasivo en la constitución del préstamo es el prestatario. De esta circunstancia deduce que carece de sentido el recurso, por cuanto fue admitido para aclarar, matizar, revisar o ratificar una doctrina jurisprudencial sobre la base de un pronunciamiento que se ha visto ya superado y rectificado por dos sentencias del mismo Pleno de la Sala de lo Civil de este Tribunal que se han alineado con la doctrina de esta Sala de lo Contencioso-administrativo.

A continuación, invoca el Abogado del Estado la doctrina de esta Sala Tercera en relación con la determinación del sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, con cita y reproducción de fragmentos de diversas sentencias de esta Sala sobre esta cuestión, y destaca, además, que la legalidad del artículo 68.2 del Reglamento del Impuesto ya fue afirmada por esta Sala en una sentencia de 20 de enero de 2004, dictada en el recurso de casación 158/2002.

Cita, además, los autos del Tribunal Constitucional 24/2005, de 18 de enero y 223/2005, de 24 de mayo, que inadmitieron sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación al artículo 29 del Texto Refundido, que atribuye al prestatario y no al prestamista la condición de sujeto pasivo del impuesto, al no apreciar la vulneración de los artículos 14, 31.1 y 47 de la Constitución.

Insiste el Abogado del Estado, conforme a la doctrina expuesta, en que la referencia que hace el artículo 29 del TRITPAJD, como sujeto pasivo, a la persona que inste o solicite el documento público o aquellos en cuyo interés se expidan, solo entra en juego, como reza el precepto "en su defecto" cuando no exista un adquirente del bien o derecho, resultando evidente en el caso enjuiciado que se trata del prestatario.

En consecuencia, interesa la representación del Estado, en su escrito de oposición, 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 sentido expresado en su escrito, con la consiguiente desestimación del recurso de casación interpuesto.

### *4. Oposición al recurso de casación de la Comunidad de Madrid.*

Por su parte, el Letrado de la Comunidad de Madrid, en su contrarrecurso cita, en la misma línea que la Abogacía del Estado, múltiples sentencias dictadas por esta Sala Tercera y manifiesta que la doctrina jurisprudencial que se ha venido manteniendo ha sido la de considerar que el sujeto pasivo del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), en su modalidad de Actos Jurídicos Documentados (AJD) -documentos Notariales-, en los supuestos de escrituras de constitución de préstamos con garantía, es el prestatario, por así disponerlo expresamente el artículo 68.2 del Reglamento del Impuesto, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

Añade que la existencia de dos negocios jurídicos conexos ha de resolverse mediante el principio de unidad del hecho imponible, que determina que el devengo del impuesto únicamente se produzca en virtud de uno de ellos, el negocio jurídico principal, que es el del préstamo, lo que se desprende del artículo 15 del Texto Refundido del Impuesto, en el que la condición de adquirente del bien o derecho a que se refiere el artículo 29 del Texto Refundido le corresponde al prestatario.



Argumenta, a continuación, que esta conclusión se contiene en el artículo 68 del Reglamento de Impuesto, cuya legalidad ha sido ya enjuiciada por la Sala en la sentencia de 20 de enero de 2004, en la que expresamente se decía que el precepto no incurría en una extralimitación del artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, sin que el mismo adolezca de vicio de inconstitucionalidad alguno, conforme a los autos del Tribunal Constitucional de 18 de enero y 24 de mayo de 2005, ya mencionados.

Finalmente, destaca también que no existe la contradicción que justificó la admisión del recurso de casación, por cuanto la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en dos sentencias de 15 de marzo de 2018, se ha alineado con la doctrina jurisprudencial de esta Sala Tercera sobre dicha cuestión.

En consecuencia, pide la desestimación del recurso de casación, 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.

**QUINTO.-** *Subsistencia del interés casacional en el caso.*

El Auto de admisión precisó que el mismo tenía por objeto aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina reiterada de esta Sala Tercera en torno al artículo 29 del TRTPAJD en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria, y ello en razón del criterio diferente fijado por la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2015 por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Sin embargo, como ponen de manifiesto con razón las partes recurridas en sus escritos de oposición, dos sentencias posteriores del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (casación 1211 y 1518/2017) han corregido el criterio de la sentencia que determinó, por contradicción con el criterio reiteradamente establecido por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, la admisión del recurso de casación. La conclusión obvia es que no existe ya base suficiente para analizar la cuestión de interés casacional planteada, como quedaba dicho en el Auto de admisión, sobre la problemática sustantiva.

No obstante, en la situación de que se ha venido dando cuenta en esta sentencia, estamos obligados a entender que subsiste el interés general en la resolución de la cuestión fijada en el auto de admisión del recurso.

La contradicción que motivó la admisión del recurso ha recibido la respuesta dada en las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 ( recursos por interés casacional objetivo 5350/2017, 4900/2017, y 1168/2017) de una manera que vuelve a contradecir lo resuelto por el Pleno de la Sala Primera de este Tribunal Supremo el 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1211 y 1518/2017).

Recobra así vigencia y relevancia el presente recurso por interés casacional para determinar quién deba ser el sujeto pasivo del impuesto en su modalidad de actos jurídicos documentados cuando el documento sea la escritura pública de constitución de un préstamo con garantía hipotecaria, pues es evidente que vuelve a existir contradicción entre las dos Salas aunque ahora en sentido contrario a la apreciada en el Auto de admisión.

Subsiste interés general en la resolución de una cuestión que ya tiene una respuesta reiterada de esta Sala Tercera pero que se enfrenta a la cuestión de si el criterio de decisión que sirve de base a las recientes sentencias de la Sección segunda de nuestra Sala Tercera debe ser mantenido o no. Lo que está en juego es una línea jurisprudencial reiterada de esta Sala, que ha sido asumida por la Sala Primera, y que ha sido abandonada, sin embargo, en las tres sentencias recientes antes citadas.

**SEXTO.-** *Sobre la jurisprudencia relativa al sujeto pasivo del impuesto sobre los préstamos hipotecarios.*

*a) Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.*

La doctrina jurisprudencial de las que se han apartado las recientes sentencias dictadas por la Sección Segunda de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, con fechas 16 de octubre, 22 y 23 de octubre de 2018, en los recursos de casación registrados con los números 5350/2017, 4900/2017 y 1168/2017, ha de ser expuesta atendiendo a los diferentes órganos jurisdiccionales y a los múltiples pronunciamientos que se han hecho eco de la misma, para llegar a la conclusión de que se trataba de una doctrina uniforme, pacífica y consolidada tanto en esta Sala Tercera, lo que constituye en un sentido propio, jurisprudencia, conforme al artículo 1.6 del Código Civil, como en otras instancias decisorias que se han pronunciado sobre idéntica cuestión.

Bajo la vigencia de la normativa anterior que regía esta modalidad impositiva, es decir, el 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, han de citarse las lejanas sentencias de esta Sala de 22 de abril de 1988 y 25 de septiembre de 1989. En concreto, ambas sentencias, en lo relativo al sujeto pasivo del impuesto, señalaban que:



"[...] es también lo cierto que el documento liquidado contiene el otorgamiento de un préstamo, como negocio jurídico principal, al que se yuxtapone en garantía del mismo una constitución de hipoteca, 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, es la apelante".

El artículo 30 del anterior Texto Refundido se corresponde literalmente con la redacción del vigente artículo 29 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

En el mismo sentido, también bajo la vigencia de la normativa anterior, debe ser citada asimismo la sentencia de esta Sala Tercera de 9 de octubre de 1992, dictada en el recurso extraordinario de apelación en interés de la ley con número 4.044 de 1991, la cual, al resolver la cuestión sobre el alcance de la exención recogida en el artículo 48.I.B.19 del Texto Refundido de la Ley sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, conforme a la redacción otorgada al mismo en virtud del artículo 104.5 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 - actual artículo 45 I B) 15 del vigente Texto Refundido- señalaba que si la exención contenida en el precepto se refería a la constitución de los préstamos, no cabía entender ampliada la exención a otro hecho imponible totalmente distinto como es el otorgamiento de una escritura notarial en que se documenta la concesión por un banco de un préstamo hipotecario. Esta sentencia, por tanto, ya contemplaba la concesión del préstamo y la constitución de la hipoteca no como dos negocios distintos sino como un único negocio jurídico complejo, unificado en el tráfico jurídico como préstamo hipotecario.

Posteriormente, en un asunto referido igualmente a la exención prevista en el artículo 48.I.B) 19 del Texto Refundido de 1980, la sentencia de esta Sala Tercera de 26 de febrero de 2001, dictada en el recurso de casación número 9096/95, señaló, en relación con la posible infracción de las directivas comunitarias en la materia, que:

"[...] aunque la base imponible del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados esté constituida por el importe del empréstito y sus intereses, no puede considerarse que convierta al tributo en un gravamen sobre el volumen de negocios, ya que, aparte de recaer sobre la instrumentación formal, el sujeto pasivo es el prestatario, entre cuyas actividades negociales, que pueden ser diversas, no cabe integrar la de recibir dinero a préstamo y por lo tanto, no le afectan las prohibiciones al efecto establecidas en la Directiva 77/338/CEE, como sostiene la recurrente".

Con mayor contundencia se expresaba la sentencia de esta Sala Tercera de 17 de noviembre de 2001, en el recuso de casación número 2194/1996, la cual, al referirse al vigente artículo 29 del Texto Refundido, si bien resultaba de aplicación al asunto el homólogo artículo 30 del texto anterior, ponía de manifiesto, al referirse a la interpretación de que el hecho imponible del impuesto no fuera el préstamo hipotecario, sino la hipoteca, y ello en relación con la posible sujeción del derecho de hipoteca en garantía de un préstamo en la modalidad del impuesto de transmisiones patrimoniales, y la correlativa no sujeción a la modalidad impositiva de actos jurídicos documentados, que los préstamos hipotecarios se han concebido, tradicionalmente, como un solo hecho imponible, que primero basculó sobre el derecho real de hipoteca y después, a partir de la Ley 41/1964, de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario, sobre el préstamo, y añadía que la Sala había aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era único y que, por tanto, la conclusión de su sujeción al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados era coherente cualesquiera fueran las tendencias legislativas.

En particular, en lo relativo al sujeto pasivo del impuesto, señalaba esta sentencia que:

"[...] este precepto señala que, en la modalidad de documentos notariales del IAJD, "será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan" y que ese 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 aquí aplicable 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 definitiva, cuando el art. 31 del Texto Refundido --art. 29 del vigente, como antes se dijo-- exige, entre otros que ahora no interesan, el requisito de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca".

Igualmente, la citada sentencia añadía que el párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento vigente de 29 de mayo de 1995, anulado por las precedentes sentencias de la Sección segunda de esta Sala, antes citadas, tenía



un indudable valor interpretativo al señalar que cuando se tratara de escrituras de constitución de préstamo con garantía se consideraría adquirente al prestatario.

Esta argumentación la encontramos igualmente reproducida en la sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 2001, dictada en el recurso 2196/1996, la cual señaló que:

"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, hoy art. 25 del vigente de 29 de Mayo de 1995, 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".

Esta contundente afirmación la encontramos reproducida en las sentencias de esta Sala de 23 de noviembre de 2001, dictada en el recurso de casación número 2533/1996, y de 24 de junio de 2002, dictada en el recurso de casación número 3170/1997, ambas en asuntos similares de concesión por una entidad de crédito de un préstamo hipotecario formalizado en escritura pública.

A su vez, la primera de esta dos sentencias detalla el devenir histórico de esta figura impositiva, poniendo de manifiesto que el artículo 155, apartado 16, de la Ley 41/1964, de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario, si bien mantuvo el gravamen unitario de los préstamos hipotecarios, dispuso que "la constitución y prórroga de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis en garantía de un préstamo tributarán exclusivamente por este último concepto"; es decir, destaca la sentencia, "el hecho imponible basculó de la hipoteca al préstamo". Y añade la misma sentencia que:

"Este principio unitario de gravamen de los préstamos hipotecarios se ha mantenido en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y así aparece en el artículo 62.1 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, en el artículo 15.1 del Texto Refundido de 30 de diciembre de 1980, y, por último, en el artículo 15.1 del Texto Refundido, vigente, de 24 de septiembre de 1993".

Destacaba, asimismo, la sentencia examinada que:

"[...] 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, 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".

Mayor relevancia tiene para el litigio al que se enfrenta este Pleno de la Sala Tercera la sentencia de esta misma Sala de 20 de enero de 2004, dictada en recurso contencioso-administrativo número 158/2002, interpuesto contra un acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 2002, desestimatorio de un recurso de alzada en el que se había instado la declaración de nulidad de pleno derecho del artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que ha sido precisamente declarada por las sentencias precedentes de la Sección segunda a las que se han hecho antes referencia. Y esta sentencia, aunque a efectos dialécticos, pues apreció la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo opuesta por el Abogado del Estado, señalaba, tras reproducir la argumentación contenida en las sentencias de la Sala a las que más arriba se ha hecho referencia, que:

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



Y añadía la sentencia que:

"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 sea, el adquirente del préstamo, que es el prestatario".

Y que:

"Frente al argumento de la demanda de que quien adquiere el derecho es el acreedor hipotecario, sin mencionar que lo sea el prestatario, cabe argüir, además, con el Abogado del Estado, que la hipoteca se constituye, no se transmite, y que en los préstamos hipotecarios existen numerosos supuestos de actas o documentos notariales que se formalizan precisamente a solicitud del prestatario (como son los casos de un acta de cancelación parcial del préstamo, un acta de extinción de hipoteca o un acta de subrogación en el préstamo hipotecario)".

Concluyendo que:

"El comentado artículo 68 del RD 828/1995 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, 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".

Debe subrayarse que las sentencias de la Sección Segunda de octubre de 2018, no hacen referencia alguna a esta declaración expresa de regularidad del artículo 68.

Esta doctrina jurisprudencial aparece posteriormente reproducida en sentencias de 14 de mayo de 2004, dictada en el recurso 4075/1999; de 20 de enero de 2006, recurso 693/2001; de 27 de marzo de 2006, recurso 1839/2001; de 20 de junio de 2006, recurso 2794/2001 y de 31 de octubre de 2006, recurso 4593/2001.

En concreto, la dictada el 27 de marzo de 2006, en un recurso de casación por unificación de doctrina, puso de manifiesto que:

[...] la doctrina contenida en la sentencia recurrida, en sus propios términos, no debe ser rectificadas porque coincide con la jurisprudencia de esta Sala que, de manera reiterada, ha entendido que el artículo 30 (hoy 29) del Texto Refundido del ITP y AJD (artículo 68 del Reglamento) señala que, en la modalidad de documentos notariales del IAJD, " *será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan*" y que ese 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 definitiva, cuando el art. 31 del Texto Refundido exigía, entre otros que ahora no interesan, el requisito de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca. Buena prueba de que es así la constituye el que el Reglamento vigente de 29 de Mayo de 1995 –que, aun no aplicable al supuesto de autos, tiene un indudable valor interpretativo–, en el párrafo 2º de su art. 68, haya especificado que "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

Más recientemente, la sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2017, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 3142/2016, al desestimar el recurso por no apreciar la identidad que exigía el antiguo artículo 96 de la Ley Jurisdiccional con las sentencias invocadas como de contraste, invoca una de las sentencias más arriba reseñadas, al señalar que:

"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".

b) *Sobre la constitucionalidad de la normativa aplicada.*



Es imprescindible, también, para la resolución de la controversia que aquí nos ocupa, referirse a los dos autos del Tribunal Constitucional dictados en relación con los preceptos implicados para la resolución del litigio: el artículo 29 del Real Decreto 1/1993, de 24 de septiembre - Texto Refundido del Impuesto- idéntico al antiguo artículo 30; los artículos 8 d) y 15.1 del mismo Texto, y el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto y que fue anulado por las sentencias precedentes de la Sección Segunda de esta Sala del pasado mes de octubre. Ambos autos inadmiten por resultar notoriamente infundadas sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

En concreto, en el auto de 18 de enero de 2005, al que se remite, en esencia, el segundo de los autos, se examinaba la posible contradicción de la normativa referida con los artículos 14 -derecho de igualdad-, 31.1 -principio de capacidad económica del sistema tributario- y 47 -derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada-.

Y concluía el máximo intérprete constitucional, al referirse al principio de capacidad económica invocado, que no podía compartir que se vulnerara el artículo 31.1 del texto constitucional, por cuanto:

"En primer lugar, debe precisarse que la capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial y, por tanto, de capacidad económica susceptible de gravamen, pues sólo quien tiene capacidad de pago, esto es, quien tiene aptitud para generar riqueza con la que hacer frente a la amortización de un préstamo o de una deuda puede convertirse en titular del mismo. De la misma manera quien ofrece como garantía del préstamo un bien pone de manifiesto, no ya una riqueza potencial concretada en su aptitud para hacer frente al pago de la deuda, sino una riqueza real equivalente al valor del bien que ofrece como garantía del pago de la deuda".

Y, en lo que resulta de mayor interés para resolver la presente controversia, 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)".

*c) La doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.-*

Debe ser objeto de un particular análisis en el litigio que se somete a este Pleno la evolución seguida en la doctrina de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo sobre la cuestión que nos ocupa, y ello habida cuenta del auto de la Sección de admisión de esta Sala Tercera dictado en el presente procedimiento, coincidente en sus términos con los dictados en los tres procedimientos enjuiciados por la Sección Segunda, en el que, al justificar la admisión del recurso de casación en la circunstancia de interés casacional prevista en el artículo 88.2.a) LJCA -la existencia de una interpretación de las normas del Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido-, señaló que:

"Sobre esta cuestión existe doctrina de esta Sala, que entiende que el sujeto pasivo en estos casos es el prestatario, porque el derecho a que se refiere el artículo 29 LITPAJD es el préstamo mismo, aunque se encuentre garantizado con hipoteca. Sin embargo, el reciente criterio contrario sentado por la Sala Primera ha abierto un debate doctrinal que requiere una nueva respuesta por parte de este Tribunal Supremo, máxime cuando, como pone de manifiesto la entidad recurrente en su escrito de preparación, es una materia que afecta a un gran número de situaciones y tiene una importante trascendencia social, más allá del caso objeto del proceso".

En efecto, la Sala de lo Civil, en sentencia de 23 de diciembre de 2015, con ocasión de resolver sobre la abusividad de una cláusula o estipulación que impone al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, con arreglo al artículo 89.3.c) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), señaló que:

"En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de



toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto 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.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos 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 y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho".

Sin embargo, la misma Sala de lo Civil, en dos sentencias de 15 de marzo de 2018, dictadas en los recursos de casación números 1211/2017 y 1518/2017, vino a alinearse con la que, como hemos constatado, constituía la doctrina de esta Sala Tercera al señalar que:

"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 (sentencias de 19 de noviembre de 2001 [RC 2196/1996]; 20 de enero de 2004 [RC 158/2002]; 14 de mayo de 2004 [RC 4075/1999]; 20 de enero de 2006 [RC 693/2001]; 27 de marzo de 2006 [RC 1839/2001]; 20 de junio de 2006 [RC 2794/2001]; 31 de octubre de 2006 [RC 4593/2001]; 6 de mayo de 2015 [RC 3018/2013]; y 22 de noviembre de 2017 [RC 3142/2016]). 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".

Y concluía la Sala de lo Civil que:

[...] 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".

Como vemos en el fundamento siguiente, este Pleno, tras examinar los recursos que han sido objeto de deliberación, y teniendo en cuenta la jurisprudencia y los precedentes que se acaban de exponer, resuelve mantener la jurisprudencia que se acaba de reseñar.

**SÉPTIMO.-** *Sobre la decisión del Pleno en relación con el recurso de casación y el sujeto pasivo del impuesto sobre préstamos hipotecarios.*

*1.- Sobre las alegaciones de la entidad recurrente.*

La tesis interpretativa sostenida por la entidad recurrente y avalada, prácticamente en su integridad, por las tres sentencias de la Sección Segunda de este Tribunal que propugnan el cambio jurisprudencial al que se ha venido haciendo referencia, debe ser rechazada. Digamos que en términos científicos y académicos la cuestión litigiosa nunca fue del todo pacífica, lo que constituye otra buena razón para no acometer el cambio de jurisprudencia máxime cuando había ya desaparecido la contradicción jurisprudencial que dio lugar a la admisión a trámite del recurso. Al objeto de evitar reiteraciones exponemos ahora de manera conjunta las



razones que justifican el rechazo de las alegaciones de la parte y la consiguiente desautorización del cambio jurisprudencial.

De conformidad con lo todo lo expuesto hasta ahora, la posición del Pleno en relación con el objeto litigioso es la de confirmar la jurisprudencia vigente hasta ahora en el sentido de que el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios regulados en el Título III sobre actos jurídicos documentados del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es el prestatario. Dicha conclusión parte de lo que entendemos debe ser el criterio hermenéutico básico que ha de guiar la interpretación de los preceptos aplicables, en línea con la jurisprudencia constante de esta Sala y es que, en un negocio complejo como el del préstamo con garantía hipotecaria, el negocio jurídico básico, razón de ser de toda la operación contractual, es el préstamo, resultando la garantía hipotecaria un negocio derivado y siervo del anterior, sin el cual no existiría. El préstamo, por el contrario, tiene sentido y viabilidad en sí mismo, sin perjuicio de que sin la garantía hipotecaria estaría presumiblemente sometido a condiciones más rigurosas en beneficio del prestamista. Pues bien, si eso es así, es claro que desde un punto de vista tributario es el préstamo el que debe guiar la interpretación de las consecuencias tributarias que sean de rigor. Todo ello, como es evidente, a reserva de una previsión expresa del legislador en sentido contrario, como precisamente ha ocurrido con la aprobación por parte del Gobierno mediante un Real Decreto-ley, con posterioridad a la decisión de este asunto por el Pleno.

Entendemos que es a partir del mencionado criterio sustantivo como hay que interpretar los preceptos legales aplicables y no, como se hace en las sentencias dictadas en octubre por la Sección Segunda de la Sala, a partir del análisis fragmentario y parcial de tales preceptos. Esto es, entendemos que lo procedente es interpretar los artículos 8.b) y c), 15, 29 y 30 del Texto refundido a partir de dicho criterio, y no a formular una tesis opuesta construida mediante la interpretación parcial de dichos preceptos. En ese sentido y, como explicamos a continuación, no es posible aceptar la afirmación apodíctica de la inaplicabilidad de los artículos 8 y 15 de la Ley a la cuestión controvertida por estar ubicados en el Título sobre transmisiones patrimoniales, excluyendo sin ulterior razonamiento su valor para el supuesto de los préstamos hipotecarios, como tampoco resulta convincente el peso otorgado a los argumentos relativos al carácter inscribible de la hipoteca o a la configuración de la base imponible del impuesto. Frente a tales criterios debe prevalecer, por el contrario, el criterio material derivado de la propia naturaleza y sentido de los actos jurídicos que se integran en el negocio complejo del préstamo hipotecario en congruencia con lo dispuesto por los artículos 2.1 y 3 de la Ley, de los que se deriva la unidad del hecho imponible en torno al contrato de préstamo que da sentido al negocio complejo, según la jurisprudencia constante de la Sala.

La interpretación sostenida por la parte y avalada por las sentencias divergentes de la jurisprudencia de esta Sala invierte la lógica hermenéutica al determinar el sujeto pasivo del impuesto de un negocio complejo como lo es el préstamo hipotecario, partiendo de un entendimiento fragmentario de la Ley para concluir la prevalencia de la garantía hipotecaria y su naturaleza inscribible sobre la naturaleza jurídica de los negocios jurídicos enlaza, un contrato de préstamo y su garantía hipotecaria.

En efecto, construyen su discurso las sentencias de la Sección a partir de la consideración de que el préstamo con garantía hipotecaria constituye una unidad a efectos tributarios, para afirmar inmediatamente después que en esta unidad tributaria se incluye, como negocio jurídico complejo, un contrato traslativo de dominio (el préstamo mutuo, en el que el prestatario adquiere la propiedad de la cosa prestada y ha de devolver otro tanto de la misma especie y calidad) y un negocio jurídico accesorio, de garantía y de constitución registral (la hipoteca). De esta afirmación extrae la Sección la conclusión de que se identificarían, a efectos tributarios y de aplicación del artículo 29 del Texto Refundido, dos adquirentes: el prestatario en cuanto al negocio traslativo de la suma que se le entrega y el acreedor hipotecario respecto de la hipoteca. Sin embargo, la abundantísima jurisprudencia sobre la cuestión, de la que con anterioridad se ha dado sobrada cuenta, no se limita a reconocer una unidad de hecho imponible, sino que lo que reitera la misma es que nos encontramos ante una unidad de hecho imponible en torno al préstamo, lo que produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo sea el prestatario. Ello se desprende con claridad de la sentencia de esta Sala Tercera de 1 julio de 1998 (recurso 3163/1992), en cuyo fundamento quinto se señala que:

"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".

Y añade esta sentencia, en su fundamento séptimo, con ocasión de razonar la no sujeción de la hipoteca al impuesto de transmisiones patrimoniales en cuanto que sujeto, aunque exento, al I.V.A, que:

"[...] 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 sólo 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, de Reforma del Sistema Tributario, sobre el préstamo; en consecuencia, si el préstamo hipotecario está sujeto, pero exento, en el I.V.A. 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".

La unidad de hecho imponible en torno al préstamo tiene perfecto acomodo legal en el artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto, conforme al que el impuesto se ha de exigir con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidado cualquiera que sea la denominación que las partes se hayan dado; en el artículo 3 del mismo Texto Refundido, que, como el anterior precepto, se ubica en las normas generales del impuesto contenidas en el Título Preliminar y dispone que "para la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su distinta naturaleza, destino, uso o aplicación, se estará a lo que respecto al particular dispone el Código Civil o, en su defecto, el Derecho Administrativo"; y, por último, en el artículo 12.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que dispone que "en tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda". Pues bien, esta unidad del hecho imponible en torno al préstamo, como señala la sentencia de 19 de noviembre de 2001, antes reseñada, produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo sea el prestatario.

La existencia de un único hecho imponible en torno al préstamo, que se corresponde con la concepción civil de constituir el contrato 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 ( artículo 1857.1º del Código Civil), hace que no pueda compartirse la afirmación contenida en las sentencias de la Sección conforme a la que, desde el punto de vista tributario, existirían dos adquirentes. Y ello aparece contenido con claridad en la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 2004 (recurso 158/2002) antes referida, al señalar que:

"[...] en un préstamo, el adquirente es el prestatario (que es el que adquiere la cantidad prestada y se obliga a su devolución, con pago en su caso de los intereses), y, en un préstamo hipotecario, el adquirente sigue siendo el prestatario (que es quien adquiere la cantidad prestada, si bien el prestamista queda garantizado con el derecho real de hipoteca, pero sin adquirir tal derecho, porque lo que se produce es la constitución de dicho derecho real, que realiza precisamente el prestatario o un tercero, en su caso, sobre un bien de su propiedad".

En definitiva, aun prescindiendo de la dicción del artículo 8 del Texto Refundido, que expresamente señala que el obligado al pago de impuesto en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza es el prestatario, no existe dificultad alguna en identificar bajo el término "adquirente" del artículo 29 del Texto Refundido a quien recibe el bien -la cantidad prestada- en un contrato traslativo del dominio como es el préstamo mutuo, y no a quien ostenta un derecho real de garantía, y, por tanto, de carácter accesorio, sobre un bien inmueble propiedad del prestatario.

Tampoco comparte este Pleno la argumentación de la Sección, basada en una interpretación sistemática, conforme a la cual el contenido del artículo 15 del Texto Refundido, al estar ubicado en el Título I, relativo a la modalidad impositiva de transmisiones patrimoniales onerosas, y no en el Título Preliminar, no cabría ser extendido a la modalidad de actos jurídicos documentados. En efecto, es la interpretación contraria, es decir, la que se corresponde con la doctrina jurisprudencial tradicional que hemos expuesto, la que da precisamente coherencia al sistema dentro de estas dos modalidades integradas en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pues si para el impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, en el préstamo de cualquier naturaleza el sujeto pasivo es el prestatario (artículo 8 d) del Texto Refundido y 34 d) del Reglamento), y el hecho de que el préstamo esté garantizado por hipoteca no altera esta regla, conforme al propio artículo 15 del Texto Refundido, pues existe un solo hecho imponible, la consecuencia lógica, conforme -se insiste- a la jurisprudencia inveterada de la Sala, ha de ser que en la modalidad impositiva de actos jurídicos documentados el sujeto pasivo sea el mismo prestatario.

Y no parece que quepa oponer a este aserto que el hecho de que no exista precepto equivalente en la regulación de la modalidad de actos jurídicos documentados suponga la posibilidad de desgajar, a efectos tributarios, la unidad de hecho imponible a la que venimos haciendo referencia, pues, en primer lugar, si el legislador, a la vista de una jurisprudencia constante, reiterada y uniforme que ha interpretado un precepto que ha mantenido la misma redacción durante más de treinta y ocho años, no lo ha cambiado no puede ser más que porque considera que el sujeto pasivo es el prestatario; en segundo lugar, el propio legislador, en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, cuya finalidad fue precisamente la de beneficiar a los consumidores en los préstamos hipotecarios, para que pudieran aprovecharse de un



entorno de descenso de los tipos de interés, dispuso en su artículo 7, al regular los beneficios fiscales, la exención de la escritura que documentara la operación de subrogación en la modalidad gradual de actos jurídicos documentados sobre documentos notariales, lo que, en buena lógica, únicamente podía tener como presupuesto que el legislador consideraba que la condición de sujeto pasivo recaía sobre el consumidor prestatario; en tercer lugar, olvida esta interpretación que, también conforme a la jurisprudencia de la Sala (sentencia de 20 de junio de 2006, recurso 2794/2001), el hecho imponible del IAJD recae sobre el documento y no sobre el acto, o actos, contenidos en el mismo, pues "lo que se grava es la formalización de ciertos documentos notariales, mercantiles y administrativos y no los contratos o, en general, operaciones que el mismo pueda reflejar".

Tampoco considera este Pleno que el requisito de la inscribibilidad del acto deba acarrear la consecuencia, como se sostiene en las sentencias de la Sección Segunda, de hacer prevalecer a la hipoteca sobre el préstamo como negocio principal a efectos tributarios en las escrituras públicas en las que se documentan préstamos con garantía hipotecaria, en contra -se insiste- de una jurisprudencia constante y uniforme.

Cierto es, como afirman las sentencias de la Sección, que la inscribibilidad es la que determina que el negocio que nos ocupa no esté sometido a la modalidad impositiva de transmisiones patrimoniales, pues un negocio complejo idéntico estaría sujeto, de no ser inscribible, a esta modalidad. Y cierto es también que el préstamo no goza de la condición de inscribible conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria y al artículo 7 de su Reglamento, siendo, por el contrario, la hipoteca no solamente inscribible sino de constitución registral. Sin embargo, este Pleno discrepa de este planteamiento pues, como ya se ha puesto reiteradamente de manifiesto, en primer lugar, la jurisprudencia ha identificado con reiteración un único hecho imponible en torno al préstamo; hecho imponible que no es el negocio o negocios que se formalizan en escritura pública, sino la propia instrumentalización, y lo que se formaliza es el préstamo con garantía hipotecaria, lo que se corresponde además, con el momento de devengo del impuesto que es, con arreglo al artículo 49.1 b) del Texto Refundido, el día en que se formaliza el acto sujeto a gravamen, lo que es independiente de la efectiva y posterior inscripción de la hipoteca; y, en segundo lugar, porque, como más adelante exponremos, en términos del tan citado artículo 29 del Texto Refundido, indudablemente también al prestatario le interesa la expedición del documento notarial inscribible.

En lo que respecta a la configuración legal de la base imponible -segundo anclaje del cambio jurisprudencial que se ha pretendido llevar a cabo-, ciertamente, conforme establece el artículo 30.1 del Texto Refundido, está constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, con inclusión de las sumas aseguradas por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos, que es el objeto de la acción privilegiada que ostenta el acreedor hipotecario como consecuencia de la constitución del derecho real de hipoteca. Sin embargo, de ello no cabe extraer la consecuencia de que el legislador haya querido hacer prevalecer a efectos tributarios a la hipoteca -lo accesorio- frente a lo principal -el préstamo- pues éste es, muy al contrario, el presupuesto equívoco del que parte la construcción contenida en las sentencias de la Sección Segunda, además de contrario a la doctrina jurisprudencial que de manera reiterada se ha venido exponiendo. En efecto, no deja de causar perplejidad que la determinación de la base imponible sirva para discernir la naturaleza jurídica de un negocio jurídico, el hecho imponible y, en definitiva, la determinación del sujeto pasivo de un impuesto, cuando el legislador fiscal no ha definido legalmente lo que ha de entenderse por préstamo con garantía hipotecaria en el impuesto de actos jurídicos documentados, por lo que, como ya se ha puesto de manifiesto más arriba, son las normas del Derecho civil conforme a las cuales ha de ser determinado, en cuya concepción se basa la jurisprudencia que de modo tan radical como abrupto se ha pretendido cambiar.

Tampoco comparte este Pleno la conclusión alcanzada por la Sección conforme a la que la configuración de la base imponible que contiene el artículo 30.1 pondría de manifiesto únicamente la capacidad contributiva del prestamista acreedor hipotecario, pues no es esta la conclusión a la que llegó el Tribunal Constitucional en su auto de 18 de enero de 2005, respecto del que las sentencias de la Sección Segunda guardan el más absoluto silencio, al responder a la cuestión de inconstitucionalidad de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la que se planteó precisamente el contraste de la normativa que rige el impuesto con el principio de capacidad económica que ha de regir el sistema tributario recogido en el artículo 31.1 del texto constitucional. Así, la resolución del alto intérprete constitucional puso de manifiesto que:

"Tampoco podemos compartir que se vulnere el art. 31.1 CE por la norma cuestionada, por los motivos que pasamos a exponer. En primer lugar, debe precisarse que la capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial y, por tanto, de capacidad económica susceptible de gravamen, pues sólo quien tiene capacidad de pago, esto es, quien tiene aptitud para generar riqueza con la que hacer frente a la amortización de un préstamo o de una deuda puede convertirse en titular del mismo. De la misma manera quien ofrece como garantía del préstamo un bien pone de manifiesto, no ya una riqueza potencial concretada en su aptitud



para hacer frente al pago de la deuda, sino una riqueza real equivalente al valor del bien que ofrece como garantía del pago de la deuda".

Y se añadía por el Tribunal Constitucional, en un pronunciamiento más sobre lo que constituye el objeto de gravamen en el impuesto examinado, que:

"[...] no puede confundirse el gravamen del negocio jurídico (la contratación del préstamo o la constitución de una garantía real, o ambos a la par), que no constituye el objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, con el gravamen de la escritura pública que protocoliza el negocio jurídico realizado, que es el único objeto de la cuestión, y que se efectúa por la modalidad de "actos jurídicos documentados" del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en la cual, dado que uno de los requisitos exigidos por el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/1993 para aplicar el gravamen gradual del 0,5 por 100 es, aparte de que sea inscribible el acto y de que no esté sujeto a las modalidades de "transmisiones patrimoniales onerosas" o de "operaciones societarias" del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, o al impuesto sobre sucesiones y donaciones, que tenga contenido económico, no cabe duda que ello es un indicio, en la generalidad de los supuestos, de la existencia de una capacidad económica gravable.

Finalmente, 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)".

En definitiva, consideramos que la Sección, antes que centrarse en un examen de estricta legalidad de los preceptos implicados en la controversia debió llevar a cabo, al menos, un análisis de los citados autos del Tribunal Constitucional y justificar la razón por la que consideró expedito el camino para llegar a la conclusión finalmente adoptada.

Por último, a juicio de este Pleno, tampoco resulta acertado el razonamiento de las sentencias de la Sección en relación con el último inciso del artículo 29 del Texto Refundido, referido al interés en la expedición del documento, pues, con independencia de que sólo opera este criterio de determinación del sujeto pasivo en defecto del criterio principal, es decir, de identificación del adquirente del bien o derecho, para lo que, como ya se ha dicho, no existe ninguna dificultad, no es cierto que sólo interese al acreedor hipotecario la inscripción de la hipoteca y, por ende, la expedición del documento inscribible, pues no parece haber duda alguna en que la obtención por el prestatario de la cantidad objeto del préstamo está vinculada, y condicionada, a la simultánea constitución de la garantía sobre un bien inmueble de su propiedad, manifestación, como ya se ha dicho, de capacidad económica.

En conclusión, lo discutible del criterio adoptado por la Sección en la determinación del sujeto pasivo del impuesto, como bien se ha puesto a la vista; la existencia de una jurisprudencia constante y, a la postre, uniforme de las Salas de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal sobre la cuestión jurídica abordada por la Sección Segunda en un sentido radicalmente contrario al concluido por ésta; la ausencia de factor extrínseco alguno o de realidades jurídicas diferentes a las que ya fueron tenidas en cuenta tanto por las sentencias de este Tribunal Supremo como por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en una jurisprudencia inveterada y sin fisuras; la absoluta pertinencia en pro de la seguridad jurídica y de la propia noción de jurisprudencia de mantener en tales circunstancias la jurisprudencia existente por encima del criterio subjetivo de quienes componen un órgano colegiado en un determinado momento; y la circunstancia conforme a la cual, habida cuenta de la evidente dificultad interpretativa de los preceptos implicados, de la que da buena prueba el resultado mismo de este Pleno, la definitiva determinación del sujeto pasivo haya de responder a una opción de política legislativa que será igualmente válida desde el punto de vista constitucional, como ya se ha constatado, determinan que este Pleno de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo no pueda asumir ni, por tanto, ratificar el cambio jurisprudencial, tan inopinado como radical, que ha sido el acometido por la Sección Segunda de esta Sala.

## *2. Sobre la nulidad del artículo 68.2 del Reglamento del impuesto.*

Hay que valorar la diferencia que existe en el corpus normativo aplicable ahora respecto de los fallados por la Sección Segunda de esta Sala en las reiteradamente citadas sentencias de Octubre. Carece de relieve para la valoración de los recursos conocidos por este Pleno el hecho innegable de que el artículo 68.2 del Reglamento



haya resultado anulado por las tres sentencias firmes ya citadas de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 de las que nos apartamos.

El artículo 72.2 de la LJCA dispone que las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán 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 en el periódico 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.

Puede producirse también en determinados supuestos una eficacia *ex tunc* de la sentencia. Mediante este término se trata de explicar, con variadas construcciones dogmáticas, la obligación ineludible que, también, y a partir de la fecha de publicación de la sentencia, recae sobre los jueces y Tribunales en el sentido de resolver todos los juicios pendientes en los que puedan tener conocimiento de la disposición anulada cuando se aprecie que la misma ha carecido de eficacia jurídica en forma originaria, desde el mismo momento de su formación o entrada en vigor hasta la fecha de la sentencia que la anuló o, dicho en otros términos, juzgando *tamquam non esset*; es decir, como si la disposición no hubiese existido nunca; a salvo, en todo caso, de aquellos supuestos en los que las normas procesales que sean de aplicación impidan discutir sobre una aplicación de la disposición anulada que ya no pueda ser revisada. La decisión de nulidad tiene entonces efectos retrospectivos o para el pasado, en cuanto invalida la disposición desde su origen.

La cuestión presenta mayor complejidad en este caso, al encontrarnos ante un impuesto cedido a las Comunidades Autónomas. Por limitarnos a la única que, conforme a la configuración de la relación jurídica-procesal, ha sido parte en estos recursos -es decir la Comunidad de Madrid- baste decir que en la interpretación mantenida por la Sección Segunda hubiera sido preciso determinar la incidencia de la declaración de nulidad del artículo 68.2 del Reglamento en relación con el artículo 33 del Decreto legislativo autonómico 1/2010 de 21 de octubre, que -con rango de Ley- determina los tipos de gravamen aplicables a documentos notariales en los que se constituyan hipotecas en garantía de préstamos para la adquisición de viviendas, considerando sujeto pasivo al prestatario.

Sin embargo estas circunstancias, que no fueron objeto de precisión en las tres sentencias de la Sección Segunda ya citadas, carecen de todo relieve:

a) Porque en el caso de disposiciones interpretativas éstas, por serlo, no añaden al texto de la norma legal un significado distinto del que resulta de una recta interpretación de ella. El artículo 68.2 del Reglamento, que está indudablemente anulado a día de hoy, tenía un valor meramente interpretativo o aclaratorio, como demuestra con meridiana claridad la jurisprudencia anterior a él de que hemos hecho mérito anteriormente, que llegó a las mismas conclusiones que ahora se alcanzan antes de la expedición del citado artículo 68.2. Por eso su anulación es inane a efectos de nuestra interpretación o de cualquier impugnación.

b) Porque nuestra sentencia va a hacer decir al Texto Refundido lo que éste decía desde un principio, sin que pueda entenderse que las tres sentencias firmes de las que ahora nos apartamos, hayan alterado esas normas legales, o puedan imponerse para el futuro frente a lo que, correctamente entendidas, las mismas dicen.

**OCTAVO.-** *Respuesta a la cuestión de interés casacional planteada.*

En suma este Pleno debe resolver la cuestión de interés casacional surgida como consecuencia de las tres repetidas sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, en relación con el Auto de admisión y la jurisprudencia del Pleno de la Sala Primera de este Tribunal, con el siguiente sentido y alcance:

1º) El sujeto pasivo en el impuesto sobre actos jurídicos documentos cuando el documento sujeto es una escritura pública de constitución de un préstamo con garantía hipotecaria es el prestatario, en su condición de adquirente del negocio principal documentado, ello con base 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.

2º) Esta declaración, para dar cumplimiento al citado Auto de admisión, supone ratificar y mantener en sus mismos términos, sin necesidad de aclaración, matización o revisión, la doctrina jurisprudencial de esta Sala Tercera anterior a las sentencias dictadas los días 16, 22 y 23 de octubre de 2018 ( recursos por interés casacional objetivo 5350/2017, 4900/2017, y 1168/2017), que ha quedado expuesta en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia.

3º) El efecto de las tres sentencias citadas queda reducido al ámbito procesal de los recursos resueltos en ellas.

**NOVENO.-** *Conclusión y costas.*



En mérito de lo expuesto, y conforme a lo expresado ya respecto del interés casacional en el cuerpo de esta sentencia, procede desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora doña Lourdes Amasio Díaz en representación de la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, S.A.U contra la sentencia de la Sección Novena del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 18 de noviembre de 2016 que, conforme a lo que dispone, el artículo 93.1 de la LJCA se confirma en todos sus pronunciamientos. Y, en lógica consecuencia, respecto de las costas, no hay ningún pronunciamiento nuevo que hacer respecto de las de instancia, debiendo estarse a lo que dispone la sentencia recurrida.

En cuanto a las de esta casación cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad ( artículo 139.3 en relación con el artículo 93.4 de la LJCA).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido en Pleno

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora doña Lourdes Amasio Díaz en representación de la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, S.A.U., contra la sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Costas conforme al último fundamento jurídico.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Luis María Díez Picazo Giménez D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

D. José Manuel Sieira Míguez D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. José Díaz Delgado D. Eduardo Calvo Rojas

D. Ángel Aguallo Avilés D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella

D. Juan Carlos Trillo Alonso D. José Antonio Montero Fernández

D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech D. José María del Riego Valledor

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo

D. Diego Córdoba Castroverde D<sup>a</sup>. Inés Huerta Garicano

D. José Luis Requero Ibáñez D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco José Navarro Sanchís D. Jesús Cudero Blas

D. Ángel Ramón Arozamena Laso D. Rafael Toledano Cantero

D. Fernando Román García D. Dimitry Berberoff Ayuda

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

## VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que emite el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez a la sentencia dictada en el recurso de casación núm. 1049/2017.

Con absoluto respeto a la sentencia mayoritaria formulo este voto particular.

1º.- Debo comenzar manifestando, porque entiendo que influyó en el desarrollo posterior del Pleno, que se me remitió a éste acto procesal cuando expresé mi disconformidad con el hecho de que se procediera a la votación de una propuesta sin haber sido debatida previamente, debate que debió versar sobre el alcance una sentencia estimatoria que ratificase la doctrina sentada por la Sección segunda en su sentencia de 16 de octubre pasado. No pretendo afirmar que de producirse tal debate el resultado final del Pleno hubiera sido



distinto, pero sí que habría permitido conocer los argumentos, tanto a favor como en contra, sobre posiciones que habían sido anunciadas previamente y debieron ser debatidas y, en su caso, votadas.

**2º.-** En cuanto al fondo de la cuestión debatida, el contenido de este voto particular se limitará a poner por escrito la que fue mi posición en el Pleno a la vista de los argumentos que allí se esgrimieron, lo que justifica que su contenido no se corresponda fielmente con los que se recogen en la sentencia mayoritaria.

**3º.-** En lo que a la convocatoria del Pleno se refiere, ratifico mi postura en cuanto a que el mismo ha sido, desde un punto de vista competencial, válidamente convocado ya que lo ha sido por quien, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 197 de la LOPJ, tiene capacidad para hacerlo, el Presidente de la Sala. Dicho esto, no se puede obviar que esta Sala, en auto del Pleno de 16 de febrero de 2008 y sentencias de 8 de abril de 2009 y 10 de mayo de 2010, estableció que el ejercicio de "la potestad jurisdiccional, según lo establecido en el artículo 117.3 de la Constitución, consiste en juzgar y ejecutar lo juzgado según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. Constitucionalmente comprende, pues, el enjuiciamiento de fondo de la correspondiente contienda individualizada y también de la actividad procesal que legalmente ha de ser desarrollada para ese enjuiciamiento..." y en lo que a esta se refiere comprende "determinar cual ha de ser el concreto órgano jurisdiccional, de entre los que con ese carácter figuran en el elenco legal, a quien corresponde la competencia" para enjuiciar y resolver.

El artículo 197 de la LOPJ nos sitúa ante una especie de avocación de competencias, que, aún con características propias, contempla "una modalidad de llamamiento a formar Sala (a ello se refiere la STC 207/2000), cuando se den las circunstancias previstas en el mismo, propiciando el llamamiento de todos los componentes de la Sala. A diferencia de las demás previsiones, que anudan la composición de la Sala a la naturaleza de la actuación procesal establecida de forma concreta, en el caso del artículo 197 el llamamiento de todos los miembros de la Sala se supedita: objetivamente, a la necesidad para la administración de Justicia y, subjetivamente, a la apreciación de dicha necesidad por el Presidente o la mayoría de los Magistrados de la Sala.

Se trata, por lo tanto, de reglas procesales que disciplinan la válida constitución de los órganos jurisdiccionales colegiados para cada acto procesal, que atañen a la ordenación y desarrollo de un concreto proceso y la adecuada conformación de los elementos subjetivos del mismo" que se debe plasmar en la correspondiente resolución jurisdiccional, que ha de darse a conocer convenientemente a las partes.

De lo anterior resulta que, cuando se cumplen los requisitos subjetivos y objetivo del artículo 197 de LOPJ, la convocatoria de Pleno no hurta la competencia a las Secciones que debería conocer en función de la materia objeto de debate, por más que el funcionamiento en Secciones sea la forma ordinaria de proceder de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, funcionamiento en Secciones que responde a un principio de especialización y eficacia. Por esta razón sostengo que desde un punto de vista de la competencia para hacerlo el pleno ha sido válidamente convocado. Ahora bien, ello no supone que el criterio del Presidente deba necesariamente ser compartido por el Pleno ni que tal decisión no pueda ser sometida al control de este en lo que a la concurrencia del segundo de los requisitos, el objetivo, se refiere.

**4º.-** El Pleno, como órgano jurisdiccional, tiene plena capacidad para analizar todos los aspectos, incluidos los orgánicos y procesales, que afectan al caso que viene llamado a resolver, por tanto también para analizar si se cumple el doble requisito subjetivo y objetivo a que antes he hecho referencia y exige el artículo 197 de la LOPJ.

El subjetivo, avocación en este caso a Pleno por el Presidente de la Sala, es evidente que concurre y en ningún momento se discute la capacidad de aquel y su legitimación para hacerlo.

El segundo requisito, el objetivo, consiste en que, según dicción literal del precepto, se "estime necesario para la administración de Justicia", concepto jurídico indeterminado que habrá de integrarse en cada caso y deber ser justificado de manera suficiente, auto del Pleno de 26 de febrero de 2008.

Obviando que el acuerdo del Sr. Presidente de la Sala, de fecha 22 de octubre de 2018, se limita a afirmar que se considera necesario para la administración de Justicia a la vista de la cuestión litigiosa suscitada que reviste transcendencia general, lo que en mi opinión constituye una afirmación genérica predicable de la inmensa mayoría de los recursos de que conoce esta Sala y por tanto cuestionable que cumpla la exigencia de justificación tal y como ha sido entendida por esta Sala en auto del Pleno de 26 de febrero de 2008, el análisis ha de partir del hecho de que desde una perspectiva orgánico-procesal el funcionamiento normal de la Sala, como ya antes apuntaba, lo es en Secciones que responden a criterios de especialización y eficacia tendentes a garantizar una unidad de criterio en cuanto al fondo de las cuestiones debatidas y un mayor acierto en las decisiones, en tanto que el funcionamiento en Pleno resulta excepcional y solo procede cuando se cumple el requisito objetivo del artículo 197 LOPJ, el interés para la administración de Justicia, es decir para una mejor dispensación de la tutela judicial efectiva o, dicho de otro modo, para mejor administrar Justicia.



No se refiere el precepto a la Administración de Justicia como institución, se refiere, en mi opinión, a administración de Justicia como resultado del ejercicio efectivo de la función jurisdiccional.

Ese requisito objetivo concurre, sin que esta enumeración pretenda tener carácter exhaustivo: a) cuando hayan de resolverse cuestiones transversales que afecten a las distintas Secciones de la Sala que no hayan sido resueltas o sobre las que existan discrepancias de criterios, b) cuando exista contradicción en la jurisprudencia, que no cabe confundir con cambio jurisprudencial expreso y motivado, c) cuando la complejidad jurídica de la cuestión debatida o su trascendencia haga aconsejable contar con la opinión de todos los Magistrados de la Sala siempre antes de que la Sección competente por razón de la materia se pronuncie, ya que una vez fijada la doctrina por la Sección competente, sin que exista contradicción entre distintas resoluciones de la misma, la administración de Justicia ya habrá tenido lugar y la tutela judicial habrá sido dispensada mediante una sentencia firme del Tribunal Supremo cuyo valor jurisprudencial es igual, ni mayor ni menor, que el de las sentencias dictadas por el Pleno de la Sala.

En el caso a que se refiere este voto particular no estamos ante cuestiones transversales, ni ante un supuesto en el que exista contradicción con sentencias anteriores de la misma Sección o del Pleno de la Sala. Existe un cambio de criterio motivado y explícito que es justamente lo contrario a la contradicción. Es algo previsto en la norma, perfectamente constitucional y conforme con el artículo 14 de la Constitución.

Tampoco es posible sostener, con un mínimo rigor jurídico, que pueda haber contradicción entre la jurisprudencia de la Sala 3ª y la de la Sala 1ª en materia tributaria, cualquier pronunciamiento que la segunda pueda efectuar en la materia lo será únicamente con carácter de pronunciamiento prejudicial, sin valor de jurisprudencia y sin efecto fuera del proceso concreto en que se produzca ( artículo 42.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Mi discrepancia, por tanto, en este punto con la sentencia mayoritaria es absoluta.

Así las cosas, entiendo que en el caso que nos ocupa no se cumple el requisito objetivo del artículo 197 de la LOPJ, interés para la administración de Justicia, requisito que en modo alguno puede entenderse suprimido por la redacción del artículo 264 LOPJ ni por el 92.7 de la Ley de la Jurisdicción como parece dar a entender la sentencia mayoritaria. La trascendencia general invocada en el acuerdo de avocación ya había sido afirmada en el auto de admisión del recurso de casación pese a lo cual no se avocó en su momento a Pleno. Tampoco puede entenderse cumplido dicho requisito por el hecho de que la nota de prensa, de fecha 19 de octubre de 2018, afirme que dada la enorme repercusión económica y social de la sentencia nº 1505/2018 de la Sección segunda de esta Sala, se avoca al Pleno este recurso a fin de decidir si el giro jurisprudencial debía ser o no confirmado.

Este incumplimiento, no obstante, no determina necesariamente, en esto coincido con la mayoría de Magistrado de la Sala, la devolución de los recursos a la Sección segunda, dando por hecho que el acuerdo del Presidente de fecha 22 de octubre de 2018 haya sido notificado en forma a las partes, pero tampoco resulta intrascendente, ya que la forma y premura en que la avocación a Pleno ha tenido lugar no resulta indiferente a la hora de resolver el recurso de casación que nos ocupa, salvo que se olvide el igual valor de la jurisprudencia de las sentencias emanadas del Pleno y de las Secciones, así como que el principio de lealtad y confianza institucional entre estas y aquel opera en ambas direcciones, cuestión esta a la que me referiré más adelante. No cabe confundir la avocación a Pleno con un remedio para decidir si un cambio jurisprudencial debe ser o no confirmado (nota informativa del Presidente de la Sala de 19 de octubre de 2018) o, dicho en otras palabras, revisar, confirmar o modificar la jurisprudencia establecida por la Sección competente.

**5º.-** Establecido lo anterior no puede dejar de tenerse en cuenta que el nuevo recurso de casación en el ámbito de la Jurisdicción contencioso administrativa, regulado por Ley 7/2015 que modifica los artículos correspondientes de la Ley de la Jurisdicción, en vigor el 22 de julio de 2016, deja de estar encaminado a la satisfacción de los intereses y derechos subjetivos de las partes, para encaminarse fundamentalmente a la creación de jurisprudencia con independencia de que la sentencia de instancia incurra en irregularidades de forma o de fondo. El Tribunal Supremo solo está llamado a conocer de aquellos asuntos que tengan interés casacional objetivo, que es algo distinto al interés de las partes, sean éstas quienes sean, reforzando así el valor de la jurisprudencia que normalmente vendrá establecida por las Secciones competentes por razón de la materia y cuyo valor jurisprudencial, insistimos, en modo alguno es distinto del de las sentencias dictadas por el Pleno de la Sala.

Admitir la posibilidad de que el Pleno de la Sala pueda revisar, confirmar o modificar esa jurisprudencia, sin que se de alguna de las circunstancias a que antes nos hemos referido al hablar del requisito objetivo que el artículo 197 de la LOPJ establece para la avocación de un asunto al Pleno, más aún con la inmediatez que en este caso se produce sin que exista contradicción entre las sentencias de la Sección una vez se ha producido el cambio jurisprudencial expreso y motivado, atenta no sólo contra el valor reforzado que con el nuevo recurso de casación quiere dar el legislador a la jurisprudencia, sino también contra seguridad jurídica



que las sentencias firmes del Tribunal Supremo deben llevar aparejada por su propia naturaleza y contra el principio de confianza legítima.

Si el propio Tribunal Supremo pone en cuestión el valor de su jurisprudencia, como podrá pedirse el respeto a la misma por los Juzgados y Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional.

**6º.-** Llegados a este punto resulta imprescindible referirse al que fue el argumento central del debate: si el cambio jurisprudencial que se produce en la sentencia de 16 de octubre carece de justificación por falta de cambio normativo o de cualquier otra circunstancia.

En primer lugar, en contra de lo que allí se sostuvo, debo manifestar mi disconformidad con la afirmación de que el cambio jurisprudencial sólo resulta justificado en caso de que se haya producido un cambio normativo o de alguna otra circunstancia, sin que sea legítimo ese cambio por el simple hecho de que se produzca un cambio en el criterio de los miembros del Tribunal como consecuencia del cambio de las personas que lo integran. Será así sí al apartarse de la jurisprudencia anterior el Tribunal no lo hace expresamente y no fundamenta su decisión en Derecho, pero eso no es lo que acontece en el caso que nos ocupa como parece querer dar a entender la sentencia mayoritaria en contra de lo manifestado mayoritariamente en el Pleno, a lo que más adelante me referiré.

La jurisprudencia, por su propia naturaleza, esta llamada a evolucionar, precisarse y matizarse con el transcurso del tiempo. El Derecho es algo vivo que evoluciona como consecuencia de que la interpretación de las normas jurídicas que constituyen nuestro ordenamiento jurídico es un proceso integrado por diferentes criterios que van desde el sentido propio de las palabras en relación con su contexto, los antecedentes históricos y legislativos, hasta la realidad social del momento en que la norma ha de ser aplicada atendido su espíritu y finalidad. Así lo proclama el artículo 3.1 del Código Civil. Esas circunstancias han de ser valoradas con arreglo a sus convicciones jurídicas por los Jueces y Magistrados que en cada caso conforman el Tribunal llamado a decidir, resultando legítimos los cambios jurisprudenciales cuando entiendan que la doctrina hasta entonces sentada resulta errónea y así se argumente de forma razonada y razonable, explicitando el cambio jurisprudencial.

El cambio normativo no constituye en ningún caso requisito ni presupuesto indispensable para el cambio jurisprudencial.

El cambio en el ordenamiento jurídico dará lugar a la creación ex novo de jurisprudencia en el momento de ser analizado por el Tribunal Supremo, pero no a una modificación o evolución por la simple razón de que lo que no existía ni se modifica ni evoluciona. Sobre lo que no existe en el ordenamiento jurídico no puede existir jurisprudencia. Por tanto discrepo de quienes entienden que la modificación del ordenamiento jurídico constituye un presupuesto para la evolución jurisprudencial.

Por otra parte en el caso que nos ocupa no cabe tampoco sostener que no se han producido modificaciones en la realidad social entre el momento, hace más de treinta años, en que se fija la doctrina que ha sido abandonando por la Sección segunda en su sentencia de 16 de octubre pasado y el momento actual, basta tener en consideración la relevancia que hoy alcanza la tutela de los derechos de los consumidores, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, dirigir la mirada a las sentencias en la materia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre todo en lo que atañe los negocios jurídicos bancarios, para darse cuenta de lo contrario.

El cambio jurisprudencial que se ha producido por la sentencia de la Sección Segunda de 16 de octubre, analizado desde la perspectiva del artículo 3.1 del Código Civil, está, en mi opinión, a diferencia de lo que se dice en la sentencia mayoritaria, plenamente justificado. La sentencia está motivada, fundada en Derecho y sus tesis compartidas, como reconoce incluso la sentencia mayoritaria, por una parte de la doctrina científica y académica, explicita el cambio jurisprudencial e incluso es respetuosa con la jurisprudencia anterior.

**7º.-** En cuanto al fondo de la cuestión debatida es importante señalar, sobre todo teniendo en cuenta la tesis que defendí en el Pleno y que reitero en este voto particular, que una inmensa mayoría de los miembros del Pleno han destacado que la sentencia de 16 de octubre de 2018 de la Sección segunda es una sentencia perfectamente fundada desde el punto de vista técnico, algo que parece querer ahora discutir la sentencia mayoritaria. Fue calificada en el Pleno como una buena sentencia construida con argumentos sólidos, algo que esta también reconoce respeto de la jurisprudencia vigente hasta el momento en que se publica la de 16 de octubre y las dos que le siguen, de manera que en modo alguno ni una ni otra pueden ser calificadas, por usar palabras utilizadas en el Pleno, como un dislate jurídico.



En un momento anterior hice referencia a lo que calificué como "lealtad entre las Secciones y el Pleno", en lo que al respeto a la jurisprudencia de aquellas y este se refiere, afirmando que esa lealtad debía operar en una ambas direcciones.

Es un principio tradicionalmente asumido que las Secciones, aún cuando no existe una norma que así lo establezca, deben, en base a ese principio de lealtad institucional, respetar los criterios jurisprudenciales establecidos por el Pleno, pero esa misma lealtad debe operar en sentido contrario, a salvo los casos en que concurra el requisito objetivo a que se refiere al principio establecido por el artículo 197 de la LOPJ y que, como decía antes, justifica la intervención del Pleno cuando exista contradicción, lo que no acontece en el caso de autos, que no separación motivada, en la jurisprudencia de la Sección o entre distintas Secciones sobre cuestiones transversales, o la propia Sección solicite la avocación de un asunto a Pleno.

8º.- Así las cosas ha de partirse de lo que es la realidad innegable de los hechos. Esa realidad es que la única jurisprudencia vigente sobre quien es el sujeto pasivo en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados hasta la fecha de la sentencia en que formulo este voto particular es la establecida en la sentencia de 16 de octubre y las que la siguen, por ello, siendo indiscutible el idéntico valor de la jurisprudencia de las Secciones y la emanada del Pleno de la Sala, habida cuenta que este no es un órgano jurisdiccional superior a aquellas y no habiéndose constatado, como no podía ser de otra manera dada la inmediatez entre la sentencia de 16 de octubre y la convocatoria del Pleno, razón alguna que justifique un nuevo cambio jurisprudencial, admitida como lo fue en el Pleno la solidez de los argumentos expuestos por la Sección segunda en sus sentencias para proceder a la evolución jurisprudencial, el respeto al valor de la jurisprudencia y a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, unido a las especiales circunstancias que concurren en el Pleno de la Sala en el caso que nos ocupa, habría justificado una sentencia estimatoria manteniendo la jurisprudencia fijada en la sentencia de la Sección segunda de 16 de octubre de 2018, vigente hasta la fecha de la sentencia mayoritaria.

Lo anterior no sería obstáculo para que, de haberse podido deliberar sobre el alcance de la sentencia desde del punto de vista del Derecho Administrativo, se establecieran sus efectos con los límites del artículo 66 de la Ley General Tributaria, en su redacción actual, en lo que al plazo de prescripción de las acciones para solicitar a la Hacienda Pública la devolución por ingresos indebidos, y los del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción en lo que a sentencias y actos firmes se refiere, pero no más allá porque como estableció el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su sentencia de 11 de agosto de 1995 (asuntos acumulados 367 a 377/93 rec.2229, Roders BU), "las consecuencias económicas que pudieran derivar para un Gobierno de la ilegalidad de un impuesto no han justificado jamás, por si mismas, la limitación de efectos de una sentencia del Tribunal de Justicia" al tiempo que justificaba su decisión afirmando que "sino fuera así, las violaciones más graves recibirían el trato más favorable, en la medida en que son estas las que pueden entrañar las consecuencias económicas más cuantiosas para los Estados miembros.

Además, limitar los efectos basándose únicamente en este tipo de consideraciones redundaría en un menoscabo sustancial de la protección jurisdiccional de los derechos que los contribuyentes obtienen de la normativa fiscal."

D. José Manuel Sieira Míguez

#### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON Nicolás Maurandi Guillén A LA DECISIÓN MAYORITARIA DEL PLENO DE LA SALA TERCERA DEL **TRIBUNAL SUPREMO** SOBRE LOS RECURSOS DE CASACIÓN NÚMS. 1049/2017, 1653/2017 y 5911/2017.

Discrepo de la decisión mayoritaria porque creo que las sentencias dictadas en estos tres recursos de casación debían haber mantenido la misma doctrina que ha sido fijada por la Sección Segunda de esta Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus muy recientes sentencias núms. 1505/2018, de 16 de octubre, 1523/2018, de 22 de octubre, y 1531/2018 de 23 de octubre; esto es, tenía que haberse reiterado que el sujeto pasivo en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, modalidad documentos notariales, en los casos en que lo sujeto sea una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, es el acreedor hipotecario y no el prestatario.

Si bien con la precisión adicional de que los efectos de la nueva doctrina jurisprudencial fuesen en los términos que más adelante se expresarán.

Y, como consecuencia de ello, el pronunciamiento sobre la concreta impugnación deducida en el proceso instancia tenía que haber sido también el de anulación de la liquidación litigiosa.

Manifiesto ya que mi discrepancia se apoya en estas tres razones principales:



(a) Los argumentos que afloran sobre esa cuestión del sujeto pasivo permiten constatar que son más consistentes los que llevan hacia el acreedor hipotecario que los que conducen hacia el prestatario.

Y así ocurre cuando, en el análisis de la regulación contenida 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 [en lo sucesivo TR/LITP-AJD de 1993], se trasposa la interpretación literalista y sus normas son estudiadas tomando en consideración el esquema básico de conceptos que preside dicha regulación.

(b) El principio de seguridad jurídica, constitucionalizado en el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna, nunca puede ser por sí solo un freno para el cambio jurisprudencial cuando, en el nuevo debate que haya sido suscitado sobre determinadas controversias jurídicas, aparezcan unos argumentos favorables a dicho cambio que presenten una superior fuerza persuasiva a la que era ofrecida por los de la anterior jurisprudencia existente que es sometida a revisión.

No es incompatible con lo anterior que ese principio de seguridad jurídica imponga aclarar los efectos de la solución derivada del cambio jurisprudencial cuando dicha solución incida en situaciones anteriores.

(c) La confianza social en la administración de justicia es un elemento esencial para que el modelo de convivencia que es el Estado de Derecho no sea una mera proclamación retórica y se convierta de manera efectiva en una real convicción de la mayoría de los ciudadanos.

Y esa confianza queda gravemente quebrantada si, después de un cambio jurisprudencial extensamente argumentado, el más alto órgano jurisdiccional del Estado lo deja sin efecto, sin justificar que sea un claro desacierto jurídico, en el breve espacio temporal de un número de días que no completa un mes.

Expongo seguidamente, en los ordinales que continúan, el detalle y desarrollo de esas razones de mi discrepancia que acabo de avanzar.

**PRIMERO.- Unas consideraciones previas respecto del básico marco de ideas en el que debe ser enjuiciada esa cuestión principal sobre la que versa el debate casacional; y sobre la conveniencia de reiterar la solución adoptada para ella en esas anteriores sentencias de 16 , 22 y 23 de octubre de 2018 de la Sección Segunda de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo que han sido mencionadas.**

Las consideraciones que procede hacer son las que siguen.

1.- La primera versa sobre que la configuración legal del Impuesto sobre actos jurídicos documentados, modalidad documentos notariales, tiene en cuenta, como más adelante se expondrá, estos dos aspectos esenciales del documento: el formal (la escritura pública misma) y el material (el acto jurídico documentado notarialmente); y los toma en consideración para regular dos modalidades de materialización del hecho imponible y dos modalidades de determinación de la cuota tributaria.

Una dualidad que ha llevado a algún sector doctrinal a sostener que la genérica tributación de documentos notariales engloba no una sino dos figuras tributarias distintas: un tributo sobre *los documentos notariales* (tributo sobre el "*instrumentum*" notarial) y un tributo sobre "*determinados actos jurídicos documentados notarialmente*" (tributo sobre el "*negotium*" notarial).

2.- La segunda estriba en afirmar que, cuando la submodalidad de tributo sobre "*determinados actos jurídicos notarialmente documentados*" grava una escritura pública que formaliza un préstamo con garantía hipotecaria, resulta dudoso determinar quién debe ser el sujeto pasivo desde la regla general del adquirente que contiene el artículo 29 del TR/LITP-AJD, pues el acto jurídico notarialmente documentado es complejo (al comprender tanto el préstamo como la hipoteca) y permite apreciar la concurrencia de dos adquirentes.

Y si se acude al criterio del "*interés*" que permite el *precepto "en su defecto"*, éste en principio concurre mucho más en el acreedor hipotecario que en el prestatario, porque lo que se grava en dicha submodalidad tributaria es el inequívoco beneficio que dicho acreedor hipotecario obtiene con la intervención notarial y registral para que la protección de su derecho de crédito resulte reforzada con las ventajas substantivas y procesales que son inherentes al derecho real de hipoteca; mientras que la posible ventaja que para el deudor prestatario pueda tener la formalización notarial del préstamo es, sin ningún género de dudas, notablemente inferior a la que obtiene el acreedor hipotecario.

3.- La tercera concierne a resaltar que esa duda que suscita el artículo 29 del TR/LITP-AJD hacía inevitable, en lo que se refiere a determinar de manera definitiva a quien debe reconocerse la condición de sujeto pasivo tratándose de escrituras públicas que formalizan préstamos con garantía hipotecaria, hacía inevitable (se repite) analizar los elementos esenciales con los que aparece configurada dicha modalidad tributaria; y debe

señalarse que la cuestión que a través de este análisis había de realizarse es de legalidad ordinaria y no de constitucionalidad.

**4.-** La última consideración es que así lo ha entendido y razonado la Sección Segunda de esta Sala en esas tres anteriores y recientes sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018; sin que la decisión mayoritaria del Pleno haya justificado que esa solución encarne un claro desacierto jurídico.

Y que, consiguientemente, procedía reiterar, como seguidamente aquí se hace, lo esencial de los razonamientos de tales sentencias, si bien, como ya se adelantó, adicionando una aclaración sobre los efectos de la nueva doctrina jurisprudencial.

## **SEGUNDO.- La regulación aplicable a la cuestión litigiosa.**

Está constituida por 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 [TR/LITP-AJD de 1993]; y por el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

De ambos textos normativos es de interés aquí destacar lo que sigue.

### **1.- La estructura sistemática del TR/LITP-AJD de 1993.**

Su articulado se encuadra dentro de estos diferentes títulos:

Título Preliminar (Naturaleza y contenido);

Título I (Transmisiones patrimoniales);

Título II (Operaciones societarias);

Título III (Actos jurídicos documentados) que en el artículo 27 sujeta a gravamen a los documentos notariales, los documentos mercantiles y los documentos administrativos; y dedica a los documentos notariales los artículos 28 a 32;

Y el Título IV (Disposiciones comunes).

Una estructura sistemática que ya permite advertir que la regulación legal configura como tributos distintos el Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y el Impuesto sobre actos jurídicos documentados.

Y no sólo eso sino también y principalmente lo siguiente: (i) cada uno de esos dos impuestos tiene una regulación específica en su correspondiente título; y (ii) esas regulaciones diferenciadas no son traspasables de un tributo a otro, pues, al margen de lo establecido en el Título preliminar, la ley sólo atribuye la significación y el valor de "*disposiciones comunes*" a los artículos incluidos dentro del Título IV.

### **2.-El Título Preliminar del TR/LITP-AJD de 1993 (cuya rúbrica es "Naturaleza y contenido").**

Incluye el **artículo 4**, según el cual

"A una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho, pero cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas, salvo en los casos en que se determine expresamente otra cosa".

### **3.- El Título I del TR/LITP-AJD de 1993 (referido a transmisiones patrimoniales).**

De este Título I deben destacarse estos preceptos:

**El artículo 8** de dicho texto legal, que -en relación con la modalidad *transmisiones patrimoniales*-, dispone, en su letra **d)**, que el obligado al pago del tributo en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, es "*el prestatario*".

La letra **c)** de ese mismo artículo 8, que establece que el obligado al pago en la constitución de derechos reales es "*aquel a cuyo favor se realice el acto*"

Y el **artículo 15.1** de la misma ley -también en sede de la modalidad *transmisiones patrimoniales*-, que señala que

"La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo".

### **4.- El Título III del mismo texto refundido (referido a actos jurídicos documentados)**

De él merecen mencionarse los siguientes preceptos.



Los **artículos 27, 28 y 31**, que sujetan al impuesto sobre *actos jurídicos documentados*, cuando se gravan *documentos notariales*, a una *cuota fija* (0,30 euros por pliego o 0,15 euros por folio, a elección del fedatario para las matrices y copias) y a otra *variable* (al tipo que fijen las Comunidades Autónomas -o al 0,5 por 100 a falta de previsión de éstas- en los casos de primeras copias de escrituras cuando contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles).

El **artículo 29** de la repetida ley a cuyo tenor

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

Y el **artículo 30** de la misma que, respecto de la base imponible en las escrituras que documenten préstamos con garantía hipotecaria, dispone que la misma estará constituida

"por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos".

**5.- Del reglamento del impuesto** tiene que mencionarse su **artículo 68**, que, tras reiterar la previsión legal según la cual

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

añade que

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

**TERCERO.- Los elementos configuradores del gravamen sobre documentos notariales y las submodalidades del mismo que resultan de la regulación contenida en el TR/ LITP-AJD; y las dudas que suscita la regulación del sujeto pasivo que realiza el artículo 29**

**1.- La genérica tributación por actos jurídicos documentados regulada en el TR/LITP-AJD de 1993 comprende dos figuras o submodalidades tributarias de distinta naturaleza y régimen.**

La lectura de la específica regulación que el título III del TR/LITP-AJD de 1993 dedica a la tributación sobre actos jurídicos documentados permite constatar, como ha sido doctrinalmente destacado, que esa genérica tributación engloba no una sino dos figuras tributarias distintas: una submodalidad de tributo sobre *los documentos notariales* (tributo sobre el "*instrumentum*" notarial) y otra submodalidad de tributo sobre los *actos jurídicos documentados notarialmente* (tributo sobre el "*negotium*" notarial).

Así se desprende de lo establecido en los artículos 30 y 31 del TR/LITP-AJD, pues este último precepto, en orden a la fijación de la cuota tributaria, incluye dos distintos criterios: uno de cuota fija, que prescinde del acto notarialmente documentado y sólo toma en consideración los pliegos o folios del documento notarial; y otro de cuota variable, que se determina aplicando a una base imponible el tipo que haya sido establecido para este gravamen

Y en lo que hace a dicha base imponible, es el primero de esos preceptos, el artículo 30, el que se encarga de regular como se determina tal elemento tributario; lo que hace tomando en consideración la cantidad o cosa valuable que haya encarnado el objeto del acto jurídico ("*negotium*") notarialmente documentado.

La principal diferencia resultante de esa dualidad es que las actuaciones o conductas que materializan el hecho imponible son distintas en una y otra figura tributaria.

Así, en el tributo sobre los *documentos notariales* (de cuota fija, como ya se ha dicho), el hecho imponible se realiza con la simple autorización o expedición del documento notarial de que se trate.

Mientras que en el tributo sobre *el acto jurídico notarialmente documentado* es un específico contenido de este acto jurídico el que interviene en la realización del hecho imponible y tiene influencia en la cuantificación de la obligación tributaria; pues la sujeción al gravamen de tal negocio exige, por lo que aquí interesa, que éste (i) tenga por objeto cantidad o cosa evaluable y (ii) contenga actos o contratos inscribibles en los Registros públicos que se señalan.

Otra diferencia, muy ligada a la anterior, es la justificación que tiene el gravamen en cada una de esas dos figuras o submodalidades tributarias.

En la submodalidad de tributo sobre *los documentos notariales* la razón del gravamen es la ventaja genérica que ofrece la fe pública notarial respecto de los hechos o actos jurídicos sobre los que se proyecta, con independencia de la modalidad de los mismos y de que tengan o no un alcance económico.



En la submodalidad de tributo sobre los *actos jurídicos documentados notarialmente* es la mayor protección substantiva y procesal que ofrece la fe pública notarial respecto de actos y contratos en los que concurren esas dos notas ya mencionadas: que tengan por objeto una cantidad o cosa evaluable económicamente; y que sean inscribibles en los registros que enumera el artículo 31.2 del TR/LITP/AJD.

## **2. La relación entre el gravamen sobre transmisiones patrimoniales y la submodalidad de gravamen sobre determinados actos jurídicos documentados notarialmente.**

El sometimiento a gravamen del acto documentado en la escritura (el negocio o contrato) plantea la cuestión de la relación de esta submodalidad de gravamen con el Impuesto sobre transmisiones patrimoniales, pues en éste último el hecho imponible (las transmisiones onerosas *inter vivos* y la constitución de derechos reales) puede claramente coincidir con el contenido material en el impuesto sobre actos jurídicos documentados; razón por la cual el artículo 31.2 del texto refundido precisa que sólo se sujetarán al impuesto los actos y contratos (del instrumento público) *no sujetos al impuesto sobre transmisiones patrimoniales*.

## **3. Las dudas que suscita la regulación del sujeto pasivo que realiza el artículo 29**

Los sujetos pasivos del impuesto sobre actos jurídicos documentados se definen en el artículo 29 del texto refundido en los siguientes términos literales:

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

La redacción que se acaba de exponer ha merecido, en general, una crítica doctrinal desfavorable, fundamentalmente porque la referencia al "*adquirente*" no se corresponde en absoluto con el hecho gravado en la primera submodalidad de gravamen que hemos diferenciado (el gravamen al documento mismo, abstracción hecha del acto jurídico que se documenta en él).

Y respecto de la segunda modalidad –la del gravamen *sobre determinados actos jurídicos documentados notarialmente*–, es posible que la mención al adquirente sea aceptable, pero sólo –y sobre ello se volverá después– respecto de negocios jurídicos traslativos (del dominio u otros derechos reales) *únicos*, pues en los documentos que incluyan varios actos más o menos conexos (como el préstamo con garantía hipotecaria que ahora nos ocupa) la procedencia de aquella precisión añade una enorme complejidad a la cuestión.

### **CUARTO.- La solución seguida por la sentencia recurrida y la anterior doctrina jurisprudencial en la que se apoya.**

La sentencia recurrida coincide con el órgano liquidador en quién sea el sujeto pasivo del impuesto en estos casos, remitiéndose al respecto a la jurisprudencia de esta Sala Tercera contenida, entre otras, en las sentencias de 31 de octubre de 2006 (recurso de casación núm. 4593/2001), 20 de enero y 20 de junio de 2006 (recursos de casación núms. 693/2001 y 2794/2001, respectivamente) y 19 de noviembre de 2001 (recurso de casación núm. 2196/1996).

La doctrina jurisprudencial reflejada en estas sentencias se fundamenta en tres proposiciones:

a) La primera, que el hecho imponible, préstamo hipotecario, "*es único*", lo que produce la consecuencia de que "*el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD*".

b) La segunda, que la afirmación legal (en el artículo 29) de que el sujeto pasivo es el "adquirente del bien o derecho" debe interpretarse en el sentido de que "*el derecho a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque éste se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía*".

c) La tercera, que cuando la norma exige (en el artículo 31.2 de la ley) que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, "*está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca*", lo que se ve reforzado por el reglamento del impuesto, "*de indudable valor interpretativo*", cuyo artículo 68.2 dispone que "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

### **QUINTO.- Las dificultades que plantea la determinación del sujeto pasivo del impuesto en las escrituras de préstamos con garantía hipotecaria en la normativa vigente; y los argumentos utilizados en la jurisprudencia anterior para considerar sujeto pasivo al prestatario.**

1.- Debe comenzarse reiterando esos dos diferentes aspectos que son tomados en consideración en la sujeción al genérico gravamen de los *documentos notariales*: el formal (constituido por la escritura misma) y el material (representado por el acto o negocio jurídico que se documenta);



Como también deben recordarse esas dos figuras tributarias distintas que resultan según opere, para materializar el hecho imponible, sólo el aspecto formal o también el material: la submodalidad de tributo sobre *los documentos notariales* (tributo sobre el "*instrumentum*" notarial) y la submodalidad de tributo sobre los *actos jurídicos documentados notarialmente* (tributo sobre el "*negotium*" notarial).

2. Como se sigue de las normas citadas con anterioridad, el préstamo con garantía hipotecaria que se documenta en la escritura notarial es una unidad a efectos tributarios. Así se desprende con claridad del artículo 31 de la ley, pues el mismo -al determinar cuál sea la base imponible en determinados casos- la fija en relación con "*las escrituras que documenten préstamos con garantía*".

Y en esos términos se ha venido expresando de modo reiterado nuestra jurisprudencia, que se ha referido en todos sus pronunciamientos a "la unidad del hecho imponible", dato que pondera como esencial para determinar quién sea el sujeto pasivo del impuesto.

3. Sin embargo, el acto jurídico documentado en dicha escritura es, claramente complejo, pues en aquella *unidad tributaria* se incluye un contrato traslativo del dominio (el préstamo mutuo, en el que el prestatario adquiere la propiedad de la cosa prestada y ha de devolver otra de la misma especie y calidad); y un negocio jurídico accesorio, de garantía y de constitución registral (la hipoteca).

Lo anterior permite, en principio, dos soluciones alternativas en lo concerniente a quien debe ostentar esa posición de *adquirente* que determina la condición de sujeto pasivo según la primera regla del artículo 29 del TR/LITP-AJD: si el prestatario, en razón de lo que se le entrega en virtud del contrato de préstamo; o si el acreedor hipotecario, por las consecuencias jurídicas que para él tiene la hipoteca (pues en este segundo negocio solo el acreedor adquiere - propiamente- derechos ejercitables frente al deudor).

4. La solución consistente en acoger primera hipótesis (que el adquirente y sujeto pasivo sea el prestatario) es la seguida por esa reiterada jurisprudencia anterior que ha sido citada, que utiliza para apoyarla estos tres argumentos:

a) La hipoteca aquí es accesoria del negocio principal de préstamo (accesoria por ser un derecho real de garantía); de manera que en la interpretación de los preceptos debe prevalecer, en todos los sentidos, la parte *principal* del negocio complejo y desplazar a la parte *accesoria*.

b) El propio TR/ LITP-AJD de 1993 se refiere expresamente a este tipo de negocios complejos, afirmando en el artículo 15 que

"La constitución (...) de los derechos de hipoteca (...) en garantía de préstamo tributará exclusivamente en concepto de préstamo".

c) El reglamento del impuesto, en relación con la modalidad actos jurídicos documentados, señala literalmente (artículo 68.2) que, a efectos de determinar el sujeto pasivo del tributo,

"(En las) escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

expresión (que no aparece en la ley) cuya inclusión en la norma reglamentaria ha sido calificada por nuestra jurisprudencia como "*de indudable valor interpretativo*", sin objeción alguna desde el punto de vista de su conformidad a la ley.

**SEXTO.- Razones que permiten dudar de la validez de la solución seguida por la sentencia recurrida con apoyo en la jurisprudencia anterior (y también defendida por los recurridos), de que el sujeto pasivo es el prestatario.**

Debe salirse al paso de la alegación -defendida por los recurridos y presente en la sentencia impugnada- según la cual los artículos 8 y 15 del TR/ITP-AJD establecen expresamente que el sujeto pasivo es el prestatario.

No se sigue tal afirmación, desde luego, del artículo 8 del texto refundido.

Este precepto ciertamente señala, en su apartado d), que "*en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza*" es obligado al pago "*el prestatario*"-

Pero afirma también expresamente, en el anterior apartado c), que tal obligado será, "*en la constitución de derechos reales*", aquel "*a cuyo favor se realice este acto*", condición que sin duda ostenta el acreedor hipotecario; al igual que la ostenta también el "*acreedor afianzado*" en la "*constitución de fianza*" a la que se refiere el apartado e) del mismo artículo 8 .

Lo cual conlleva que, tratándose de un negocio complejo de préstamo con garantía hipotecaria, ese artículo 8, por sí solo, no permite referir la obligación tributaria antes al prestatario que al acreedor hipotecario.



Tampoco se desprende aquella conclusión del artículo 15 del texto refundido, según el cual " *la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo*". Y ello por dos razones:

La primera, porque el precepto está incluido en el Título I de la ley, referido exclusivamente a la modalidad transmisiones patrimoniales, y no en el Título Preliminar, que contiene disposiciones aplicables a las tres modalidades que la ley contempla.

Y la segunda, porque no se llega a entender la causa por la que, si esa era la voluntad del legislador, no fue incluido en el Título III de la ley, referido al Impuesto sobre los actos jurídicos documentados, un precepto equivalente al artículo 15 (incluido dentro del Título I y aplicable, por tal razón, únicamente al gravamen sobre transmisiones patrimoniales).

**SÉPTIMO.- Las razones que, con modificación de la anterior jurisprudencia existente sobre esta cuestión, aconsejan considerar al acreedor hipotecario, y no al prestatario, sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados al que estén sujetas las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria.**

Esas razones, expuestas inicialmente de manera resumida, son las tres siguientes:

(i) el requisito de la inscribibilidad del acto jurídico documentado notarialmente, cuya concurrencia es necesaria para que se materialice el hecho imponible en la submodalidad de gravamen que recae sobre tal acto jurídico;

(ii) la configuración legal de la base imponible; y

(iii) las dudas resultantes de una interpretación puramente literal del artículo 29 del TR/LITP-AJD, que justifican, en este caso, prescindir de la regla general del adquirente y aplicar la regla subsidiaria del interés en la expedición.

La explicación y desarrollo de cada una de ellas es la que a continuación se expone.

1.- La inscribibilidad del acto jurídico documentado notarialmente es una nota o requisito del mismo que necesariamente ha de concurrir para que se materialice el hecho imponible en la submodalidad de gravamen que recae sobre tal acto jurídico. Pues ya se ha dicho más arriba que el Impuesto sobre actos jurídicos documentados solo es exigible cuando el acto incluido en la escritura notarial es inscribible en alguno de los Registros Públicos a los que se refiere el artículo 31.2 del texto refundido.

A ello ha añadirse que el préstamo no goza de la condición de inscribible a tenor del artículo 2 de la Ley Hipotecaria y del artículo 7 de su Reglamento; pues no es, desde luego, un derecho real, ni tampoco tiene la trascendencia real típica a la que se refiere el segundo de estos preceptos (ya que no modifica, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales).

Mientras que la hipoteca, por el contrario, no solo es inscribible, sino que es un derecho real (de garantía) *de constitución registral*. Tan es así, que el artículo 1875 del Código Civil afirma rotundamente que "es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad", extremo que corrobora el artículo 1280 del propio Código Civil y que concreta la Ley Hipotecaria al afirmar (en su artículo 130) que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados.

"sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo".

Pues bien, el hecho de ser la hipoteca un derecho real *de constitución registral* la sitúa, claramente, como *negocio principal a efectos tributarios en las escrituras públicas en las que se documentan préstamos con garantía hipotecaria*, ya que el único extremo que hace que el citado acto jurídico complejo se someta al impuesto sobre actos jurídicos documentados es que el mismo es inscribible, siendo así que, en los dos negocios que integran aquel acto, sólo la hipoteca lo es.

En otras palabras, si el tributo que nos ocupa sólo considera hecho gravable el documento notarial cuando incorpora "*actos o contratos inscribibles en los Registros públicos*" que se señalan y si esta circunstancia actúa como *condictio iuris* de la sujeción al impuesto, es claro que en los negocios jurídicos complejos resultará esencial aquél de ellos que cumpla con tal exigencia.

Y en apoyo de lo que antecede debe añadirse lo siguiente: en el negocio jurídico complejo de préstamo con garantía hipotecaria son planos distintos el jurídico civil y el jurídico tributario; por lo que la accesoriadad en uno y otro plano responde a parámetros distintos.



2. La segunda razón tiene que ver con la configuración legal de la base imponible en la submodalidad del tributo que grava el *acto jurídico documentado notarialmente*, cuando este tiene el objeto y cumple con el requisito de inscribibilidad a que se ha hecho referencia.

Dice el artículo 30.1 del texto refundido que

"La base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos".

Si ello es así es porque, inequívocamente, el aspecto principal (único) que el legislador ha contemplado en el precepto citado es la hipoteca, máxime si se tiene en cuenta que aquellos extremos (los intereses, las indemnizaciones o las penas por incumplimiento) sólo pueden determinarse porque figuran en la escritura pública de constitución de hipoteca y porque son las que permitirán que el acreedor pueda ejercitar la acción privilegiada que el ordenamiento le ofrece (ya que, como ya se ha dicho, la acción sólo podrá ejercitarse "sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento").

Cabría añadir una segunda reflexión: si analizamos el artículo 30.1 desde la perspectiva de la capacidad contributiva, es claro que la que se pone de manifiesto, a tenor de su redacción, no es la del prestatario (que sólo ha recibido el préstamo y que se obliga a su devolución y al pago de los intereses), sino la del acreedor hipotecario (único verdaderamente interesado, como luego se verá, en que se configure debidamente el título y se inscriba adecuadamente en el Registro de la Propiedad).

3.- Una correcta interpretación del artículo 29 TR/LITP-AJD aconseja prescindir de la regla general del adquirente y aplicar la regla subsidiaria del interés en la expedición.

Este precepto dice así:

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

La dificultad de determinar quién haya de ser el adquirente en este caso, por todo lo que antes fue razonado, hace conveniente acudir a la regla subsidiaria que encabeza la expresión "*en su defecto*".

Y esta expresión "*en su defecto*" no sólo puede ir referida a aquellos supuestos en los que no pueda identificarse un "*adquirente del bien o derecho*", sino también a aquellos otros -como el que nos ocupa- en los que no puede determinarse con precisión quién ostenta tal condición.

Merece la pena detenerse, además, en el concepto de "*interés*", que no es baladí en el caso que nos ocupa, pues puede también ser un indicador de capacidad económica utilizable por el legislador, desde la perspectiva del artículo 31.1 CE, para determinar quiénes sean los obligados tributarios. Es importante destacarlo, además, porque el "*interés*" conecta con el otro aspecto contenido en el precepto (la "*solicitud*" del documento notarial), pues sólo un interesado puede pedir al fedatario la expedición o la entrega de la escritura.

Las dificultades para determinar con seguridad quién sea la persona del "*adquirente*" y la presencia en nuestro caso de un negocio complejo en el que cabría -al menos a efectos dialécticos- identificar dos adquirentes, nos conducen a utilizar -como criterio hermenéutico complementario- el contenido del artículo 29 del texto refundido y considerar esencial la figura del "*interesado*" para despejar aquellas incógnitas.

Desde esta perspectiva, no cabe la menor duda de que el beneficiario del documento que nos ocupa no es otro que el acreedor hipotecario, pues él (y solo él) está legitimado para ejercitar las acciones (privilegiadas) que el ordenamiento ofrece a los titulares de los derechos inscritos. Sólo a él le *interesa* la inscripción de la hipoteca (el elemento determinante de la sujeción al impuesto que analizamos), pues ésta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad.

**OCTAVO.- El artículo 68 del reglamento no podía ser un obstáculo a la conclusión anterior.**

Por lo demás, entiendo que no puede alterar la conclusión expuesta la circunstancia de que el reglamento de desarrollo de la ley dispusiera, en el apartado segundo de su artículo 68 y en relación con el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados, que

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

Como se dijo más arriba, de ser ese el criterio del legislador, debería haberlo declarado expresamente al contemplar en su articulado el préstamo con garantía hipotecaria. De hecho, lo hace con este mismo negocio jurídico complejo en la modalidad transmisiones patrimoniales, pues en esta -y sólo en esta- se afirma en la



ley ( artículo 15) que la constitución, entre otros, del derecho de hipoteca en garantía de un préstamo "*tributará exclusivamente por el concepto de préstamo*".

Nada le era más fácil al legislador que incorporar una previsión equivalente en sede de actos jurídicos documentados, aclarando el concepto de "*adquirente*" en estos supuestos; de suerte que si no lo hizo fue porque consideró que lo verdaderamente relevante en el repetido negocio complejo, a efectos de su sometimiento a gravamen, era la necesidad de inscripción, requisito que fundamenta la aplicación del tributo y que concurre exclusivamente en la hipoteca.

El artículo 68.2 del reglamento, por tanto, no tenía el carácter interpretativo o aclaratorio que le otorga la jurisprudencia anterior que ha sido modificada por las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 de la Sección Segunda que se vienen mencionando, sino que constituía un evidente exceso reglamentario que hacía ilegal la previsión contenida en el mismo; ilegalidad, que por ser necesario hacerlo, fue declarada en esas recientes sentencias conforme dispone el artículo 27.3 de la Ley de esta Jurisdicción.

**NOVENO.- Los autos del Tribunal Constitucional 24/2005, de 18 de enero y 223/2005, de 24 de mayo , tampoco pueden ser un obstáculo a esa conclusión que aquí se preconiza sobre que el sujeto pasivo debe ser el acreedor hipotecario.**

El artículo 29 del TR/LITP-AJD de 1993 no establece en su texto literal que el sujeto pasivo del Impuesto sobre actos jurídicos documentados, modalidad documentos notariales, sea el prestatario, pues, como tantas veces se ha dicho, establece lo siguiente:

"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".

Por otra parte, debe insistirse, como también con anterioridad se expuso, que la interpretación de este precepto es una cuestión de legalidad ordinaria y, por tal razón, corresponde realizarla a los órganos jurisdiccionales integrantes del poder judicial, cuya cúspide encarna este Tribunal Supremo.

Lo que deriva de lo anterior es lo siguiente: que entender que ese artículo 29 del TR/LITP-AJD de 1993 permite considerar sujeto pasivo al prestatario es tan sólo una hipótesis interpretativa de las varias posibles; y, consiguientemente, lo que hacen esos autos del Tribunal Constitucional es declarar que esa hipótesis interpretativa, que es la que le planteó el órgano jurisdiccional que promovió las cuestiones de inconstitucionalidad, no vulnera el principio de capacidad económica previsto en el art. 31.1 de la Constitución.

**DÉCIMO.- Una precisión adicional sobre los efectos de la nueva jurisprudencia por imperativo del mandato de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución**

La Constitución no es una mera directriz o indicación de actuación sino una norma vinculante (artículo 9.2).

Lo cual supone que la observancia del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3) resulta obligada cuando, producido un cambio jurisprudencial, este incida en situaciones creadas por actuaciones realizadas en la confianza de que las ambigüedades existentes en la norma con rango formal de ley que resultaba de aplicación debían ser interpretadas de conformidad con lo establecido en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo y con lo declarado por la jurisprudencia recaída sobre dicha ley.

Elementales exigencias de seguridad jurídica aconsejaban esta precisión adicional sobre el alcance que había de darse al nuevo criterio jurisprudencial que esta Sala establecía en orden a que el sujeto pasivo debe ser el acreedor hipotecario, y no el prestatario, en el impuesto sobre actos jurídicos documentados cuando el documento sujeto es una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Una precisión dirigida a disipar dudas o incertidumbres en cuanto al alcance temporal que ha de tener esta nueva jurisprudencia.

Y lo que a este respecto debía declararse es lo siguiente:

a) Que las autoliquidaciones o liquidaciones que hayan establecido que el sujeto pasivo es el prestatario adolecerán de invalidez en el grado de anulabilidad y no en el de nulidad absoluta; y esto por tener su origen en la equivocidad del texto legal que aquí ha sido interpretado y por el carácter tasado que en nuestro ordenamiento administrativo y tributario tienen las causas de nulidad de pleno derecho.

b) Y que, como consecuencia de lo anterior, las acciones que quiera ejercitar quien indebidamente haya figurado como sujeto pasivo en una autoliquidación o liquidación por el impuesto sobre actos jurídicos documentados tendrán, además del obstáculo que es inherente al efecto de cosa juzgada derivado de la firmeza de una resolución administrativa o judicial, el límite de los cuatro años de prescripción que establece el artículo 66 de la Ley General Tributaria.



Firmo como Presidente de la Sala este voto particular supliendo la firma del Sr. Maurandi a su ruego, por encontrarse éste oficialmente en una estancia en el Consejo de Estado Italiano; y tras haberme hecho llegar su texto una vez conocido el texto de la sentencia.

**D. Luis María Díez Picazo Giménez**

### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN N.º 1049/2017, AL QUE SE ADHIEREN LA EXCMA. SRA. Dª María Isabel Perelló Doménech, EL EXCMO. SR. D. José María del Riego Valledor Y EL EXCMO. SR. D. Diego Córdoba Castroverde

1. Por las razones expuestas en el voto particular presentado por el Excmo. Sr. don Nicolás Maurandi Guillén, el presente recurso de casación debió ser estimado, así como debió ser estimado el recurso contencioso-administrativo n.º 462/2016.

2. El propósito de este voto particular es poner de manifiesto razones adicionales defendidas en la deliberación para estimar el recurso de casación. Razones que trascienden al litigio concreto en que se ha interpuesto y afectan de lleno a la Sala Tercera, al propio Tribunal Supremo y, por tanto, al Poder Judicial en su conjunto.

Se refieren a las condiciones en las que el Pleno de la Sala ha de corregir la interpretación del ordenamiento jurídico efectuada por una de sus Secciones.

3. No hay duda del valor de la jurisprudencia como complemento del ordenamiento jurídico ni de la necesidad de hacerla valer porque aplicarla es hacer valer el mismo ordenamiento. Tampoco la hay sobre la posibilidad – en ocasiones, necesidad– de cambiarla. La jurisprudencia, como la legislación, ha de variar para acomodarse a la realidad.

No es una novedad el abandono por esta Sala de interpretaciones mantenidas durante muchos años y no ha sido necesario para que se produjera que concurrieran acontecimientos extraordinarios ni cambios legislativos. Cuando lo ha hecho fue suficiente que, con motivo de un recurso, los magistrados que conocían de él concluyeran que había un entendimiento más correcto de los preceptos legales o reglamentarios distinto del que se venía sosteniendo hasta ese momento. Y esa nueva consideración de los textos jurídicos la pudieron hacer los mismos magistrados que hasta entonces habían sostenido una solución diferente u otros nuevos o una Sala en que hubiera de los unos y de los otros.

Exactamente lo mismo cabe hacer ahora, de manera que cualquier Sección puede variar su jurisprudencia.

Naturalmente, cuando se da un paso de esa naturaleza debe ser explicado pues así lo exige la Constitución (artículo 120.3) y lo demandan los principios que ella proclama de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica. Explicación que, se debe insistir, no necesita apelar a circunstancias externas singulares de ninguna clase pues basta con que exponga los motivos jurídicos en que descansa la nueva interpretación.

De igual modo que las Secciones pueden cambiar de criterio, y así lo hacen con naturalidad y normalidad cuando concluyen que deben hacerlo, el Pleno de la Sala puede corregir el rumbo trazado por ellas, al igual que puede fijar, antes de que se pronuncien, el que habrán de seguir. Pero no debe hacerlo si no se dan las condiciones necesarias.

Las Secciones de enjuiciamiento son también Sala Tercera, son Tribunal Supremo, y están especializadas en las materias concretas que tienen encomendadas por la Sala de Gobierno. Materias que conocen en detalle, al igual que conocen la jurisprudencia correspondiente pues son ellas las que la establecen. El Pleno de la Sala no tiene esa condición, aunque todos sus miembros sean juristas expertos y puedan pronunciarse cabalmente sobre cualquier asunto cuyo conocimiento haya sido atribuido por el legislador a esta Jurisdicción.

Para que el Pleno fije la interpretación de una disposición antes de que se pronuncie la Sección competente sólo hace falta que el presidente o una mayoría de magistrados hayan entendido que conviene a la Administración de Justicia. Ahora bien, la reconsideración por el Pleno de la jurisprudencia de una Sección es una cuestión más delicada. Cuando se hace para dotar de la mayor autoridad que posee a un cambio auspiciado por la propia Sección y a iniciativa de esta, no surgen particulares complicaciones. No sucede a diario, pero no es nada extraordinario. Distinto es el caso, sin embargo, cuando la avocación al Pleno se hace para revisar lo decidido por una Sección por iniciativa gubernativa o a instancia de magistrados de otras Secciones. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en el otro supuesto, cobran relevancia factores específicos.

Ninguna dificultad existe para aceptar que en cualquier momento se puede someter al Pleno de la Sala la corrección de una doctrina sentada por una Sección si fuera errónea. Ahora bien, cuando la contraposición se mueva entre una solución posible y otra que se tiene por preferible, se ha de evitar que en el curso de unos



pocos días el Tribunal Supremo afirme una cosa y su contraria, desdiciéndose, porque entonces no transmitirá a la sociedad la imagen de que hace justicia sino la de que siembra desconcierto.

4. En la deliberación de los días 5 y 6 de noviembre de 2018 quedó claro que la regulación legal del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados es deficiente. También se constató que el único precepto que tenía expresamente por sujeto pasivo de ese impuesto al prestatario en el préstamo hipotecario era el artículo 68 de su Reglamento. Igualmente, se comprobó que este recurso, al igual que los otros dos desestimados por el Pleno, son idénticos, subjetiva y objetivamente, a los estimados por la Sección Segunda en las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018. En fin, no hubo duda de que se estaba revisando la interpretación de esta última tal como está recogida por la sentencia de 16 de octubre de 2018 ni se negó, al contrario, se aceptó de manera general, que está bien fundamentada, tal como se reconoce ahora.

La lectura de esta sentencia de 16 de octubre de 2018 permite, en efecto, apreciar sin dificultad por qué se aparta de la jurisprudencia anterior y por qué llega a la conclusión de que el párrafo segundo de ese artículo 68 atribuye indebidamente al prestatario la condición de sujeto pasivo del impuesto y debe ser anulado, como hace. No es su argumentación desatinada sino convincente y se ve reforzada desde el punto de vista constitucional por el voto particular concurrente del presidente de la Sección Segunda sin que el voto discrepante desvirtúe esos argumentos porque no entra en ellos directamente.

El minucioso escrutinio a que fue sometida la sentencia de 16 de octubre de 2018 en el curso del Pleno no ha mostrado otra cosa que la discrepancia de quienes defienden la jurisprudencia anterior con la nueva. Y nadie, se insiste, ha considerado desatinada esta última. Sí se llegó a decir –como dice ahora la sentencia de la que se discrepa– que no explica los motivos por los que se aparta del criterio mantenido por décadas, pero, hay que reiterarlo, es difícil sostener esa afirmación tras leer la sentencia de 16 de octubre de 2018. Tampoco se pudo negar que era el artículo 68 del Reglamento el único precepto que atribuía expresamente al prestatario la condición de sujeto pasivo ni se ha disipado la impresión de que esa jurisprudencia añosa descansa en muy buena medida en ese artículo, en ese precepto reglamentario. Es decir, en la interpretación de la Ley escogida por la Administración, en la realizada no desde los propios preceptos legales sino desde el reglamento. También, quedó claro que tal interpretación se apuntaló con la transposición al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados de reglas propias del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, a pesar de que cada uno cuenta con su propia regulación y ningún artículo autorizaba a trasladar al de Actos Jurídicos Documentados las previsiones propias del de Transmisiones Patrimoniales.

Y el debate sobre dónde reside la capacidad económica que justifica el tributo no ha demostrado que se encuentre en mayor medida en el prestatario que en el acreedor hipotecario.

En definitiva, la deliberación –y ahora la sentencia de la que se disiente– solamente han reflejado que, para una parte de la Sala, la mayoría a la postre, no había suficientes razones para cambiar la jurisprudencia pero no que el parecer especializado de la Sección Segunda que expresa su sentencia de 16 de octubre de 2018 sea desatinado, ni siquiera erróneo. Significativamente, la sentencia objeto de esta discrepancia se limita a decir que es discutible. Y tampoco se ha puesto de relieve que el cambio jurisprudencial efectuado por la Sección Segunda se produjera en circunstancias diferentes a las existentes cuando la Sala en Pleno o en Secciones ha tomado un rumbo diferente al seguido con anterioridad.

5. En estas condiciones, en recursos de contenido idéntico a los ya resueltos, con las mismas partes y ahora a falta del único precepto que atribuía al prestatario la condición de sujeto pasivo del impuesto, pues ha sido anulado, el Pleno de la Sala no podía corregir la interpretación de la Sección Segunda sin grave daño a la seguridad jurídica ni muy serio quebranto de la posición constitucional del Tribunal Supremo. El órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo en materia de garantías constitucionales no puede decir una cosa el 16 de octubre y otra radicalmente opuesta el 6 de noviembre simplemente porque se considere preferible una interpretación a la otra.

El respeto a la función que se nos ha confiado, el respeto que debemos al propio Tribunal Supremo y a los ciudadanos a los que sirve debió haber llevado a la Sala, una vez que se vio en la tesitura de hacerlo, a resolver este recurso del modo en que ya lo hizo la Sección Segunda. Es decir, en los términos que explica el voto particular del Excmo. Sr. don Nicolás Maurandi Guillén.

Dado en Madrid a la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D. José María del Riego Valledor D. Diego Córdoba Castroverde

D<sup>a</sup> Isabel Perelló Doménech



## VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat, al amparo del artículo 260 de la Ley orgánica del Poder Judicial, a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2018, en el recurso de casación número 1049/2017, interpuesto por la representación procesal de la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, S.A, contra la sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de noviembre de 2016.

Debo, respetuosamente, formular, en consonancia con las tesis argumentales que expuse y defendí en el acto de deliberación, algunas precisiones adicionales a la fundamentación jurídica de la sentencia dictada por el Pleno de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 27 de noviembre de 2018, que se articulan en la exposición de las siguientes consideraciones.

**Primero.- Sobre el asunto litigioso y la sobrevenida concurrencia del presupuesto de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en el momento en que el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo resuelve este recurso de casación.**

Cabe exponer, con carácter preliminar, que la regulación procesal del recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo introducida, tras la modificación de la Ley 29/1988 reguladora de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, es congruente con la naturaleza extraordinaria que caracteriza al recurso de casación, lo que ha supuesto que se restrinja su acceso, en cuanto que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo solo conocerá de aquellos recursos de casación en que se estime que concurre el presupuesto de interés casacional objetivo.

En este sentido, el artículo 88.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone que solo será admisible a trámite un recurso de casación cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Por ello, debemos dejar constancia, de que por Auto de la Sección Primera de Admisiones de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2017, se acordó la admisión del recurso de casación preparado por la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, S.A, contra la sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de noviembre de 2016, con base en la apreciación de que concurrían las circunstancias contempladas en los apartados a, c y g del artículo 88.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La Sala de Admisiones apreció la concurrencia del presupuesto de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, esencialmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88.2 a) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por cuanto entiende que la sentencia impugnada había fijado, 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.

La existencia de contradicción entre la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid impugnada y la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, resulta de que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid había fundamentado su fallo entendiendo que el obligado al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en los supuestos de préstamos con garantía hipotecaria, era el prestatario, mientras que la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo mantenía, que era el prestamista.

En efecto, la sentencia de la Sección novena de lo Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de noviembre de 2016 impugnada en este recurso de casación, desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo de Madrid de 28 de noviembre de 2014, con base "en razones de igualdad, seguridad jurídica y unidad de doctrina", por remisión a la sentencia Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006 (RC 4593/2001) cuya fundamentación procedemos a transcribir:

"A pesar de la extensa argumentación de la recurrente sobre el sujeto pasivo del IAJD en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, este problema ha sido objeto de una reiterada respuesta de la jurisprudencia manifestada en las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2001 (RC 2196/1996), 23 de noviembre de 2001 (RC 2533/1996), 20 de enero de 2004 (RC 158/2002), 14 de mayo de 2004 (RC 4075/1999), 20 de enero de 2006 (RC 693/2001), 27 de marzo de 2006 (RC 1839/2001), 20 de junio de 2006 (RC 2794/2001), 31 de octubre de 2006 (RC 4593/2001), y otras.



En la escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria existen dos actos o convenciones: el contrato de préstamo y la constitución de la garantía. En tales casos rige el principio de unidad de hecho imponible en torno al préstamo, principio recogido en el art. 15.1 Real Decreto legislativo 1/1993 : "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", idea que reproduce el art. 25.1 del Reglamento del impuesto aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo ( RCL 1995, 1816 ) . Dado que el art. 29 del texto refundido confiere la condición de sujeto pasivo "al adquirente del bien o derecho", bien o derecho que consiste, de acuerdo con el principio de unidad de hecho imponible, no en la garantía convenida a favor del acreedor, sino en el préstamo documentado en la escritura notarial. Por tanto, solo el prestatario, como adquirente, es sujeto pasivo del IAJD devengado por el solo hecho imponible del otorgamiento del préstamo hipotecario. Por ello no infringe la jerarquía normativa la previsión del art. 68, párrafo segundo, del Reglamento, el cual, después de reiterar que el obligado tributario es el adquirente del derecho constituido en la escritura, especifica lo siguiente: "Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

No creemos necesario abundar en los fundamentos de esta tesis, mantenida insistentemente también por esta Sección, solo en este mismo año en sentencias núm. 100/2016, de 28 de enero (procedimiento ordinario 901/2013), 101/2016, de 5 de febrero (p.o. 903/2013), 573/2016, de 26 de mayo (p.o. 870/2014), y 637/2016, de 9 de junio (p.o. 867/2014). En consecuencia, es improcedente plantear la cuestión de ilegalidad sobre el art. 68 del Reglamento del impuesto.

Como recuerda la Letrada de la Comunidad de Madrid, el Tribunal Constitucional, en autos del Pleno núm. 24/2005, de 18 de enero , y 223/2005, de 24 de mayo , ha inadmitido sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respecto del artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993 ( RCL 1993, 2849 ) en cuanto atribuye al prestatario y no al prestamista la condición de sujeto pasivo por las escrituras de constitución de préstamos con garantía, precepto que, como hemos visto, reproduce el art. 68 del Reglamento. El Tribunal considera que esta norma no vulnera los arts. 14 , 31.1 y 47 CE ( RCL 1978, 2836), alegados como infringidos por el órgano judicial que planteó la cuestión".

Por su parte, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, en relación con el enjuiciamiento de una cláusula que imputaba el pago del impuesto devengado en un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario, sostuvo que era aplicable a la misma lo dispuesto en el artículo 89.3, letra c), del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, calificándola de abusiva, al considerar que, al menos en lo que respecta a la modalidad actos jurídicos documentados del ITPAJD, es sujeto pasivo, en lo que se refiere a la constitución del derecho, la entidad prestamista, en cuanto adquirente del derecho real de hipoteca, que es lo que verdaderamente se inscribe, y, en todo caso, porque las copias autorizadas se expiden a su instancia y es la principal interesada en la inscripción de la garantía hipotecaria".

El recurso de casación tenía, por tanto, como objeto resolver que criterio jurisprudencial debía prevalecer, si el de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (que sostenía que el sujeto pasivo era el prestatario, tal como había entendido la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), o el de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, que "tras un reciente cambio de criterio", entendía que correspondía el pago del impuesto al prestamista, lo que presentaba indudable interés casacional objetivo, advirtiendo también la Sala de Admisiones también la trascendencia social del caso objeto del proceso al afectar a un gran número de situaciones ( art 88.2.c) LJCA).

La controversia casacional, tal como fue delimitada por el Auto de admisión, comportaba que la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, debía "precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria".

En dicho Auto de admisión del recurso de casación se identificaba como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 8, 15 y 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

Fijado en estos términos el debate casacional, debíamos entender que, sobrevenidamente, habría perdido objeto que nos pronunciáramos sobre la interpretación del artículo 68 apartado 2, del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto 828/1995 de 29 de mayo, una vez que la Sección Segunda de esta Sala, en la sentencia de 18 de octubre de 2018 (RC



5335/2017) hubiera anulado dicho precepto reglamentario, al apreciar que es contrario a la Ley la expresión que dispone que "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

También cabe poner de relieve que la contradicción existente entre la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo y la Sala de lo Civil, desapareció al dictarse las sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil de Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (RC 1211/2017 y RC 1518/2017), que modificaron el criterio precedente, en consonancia con la interpretación que había realizado el Tribunal Constitucional y la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo relativa a la determinación del sujeto pasivo del impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, en relación con los préstamos con garantía hipotecaria.

Los pronunciamientos del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto a esta cuestión resultan inequívocos al declarar que es el prestatario el sujeto pasivo del Impuesto sobre actos jurídicos documentados en relación con esta modalidad de negocios jurídicos y sostener que " 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 en que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario".

En aplicación estricta de las normas procesales reguladoras del recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ello había debido determinar la pérdida sobrevenida de objeto de este recurso de casación, pero advertimos que, una vez que se ha producido una alteración de la doctrina fijada por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, como consecuencia de la sentencia de la Sección Segunda de 18 de octubre de 2018, ha revivido la contradicción jurídica -esta vez en sentido inverso- entre la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que nos obliga a pronunciarnos sobre el fondo de la controversia.

Ello evidencia el carácter provisional de la doctrina fijada en la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2018, pues al haber establecido una interpretación del artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993 que resulta contradictoria con la doctrina mantenida por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sus sentencias de 15 de marzo de 2018, sigue subsistiendo el presupuesto de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia a que alude el artículo 88.2.a) de la ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, lo que determina que debemos conocer de los recursos de casación que se interpusieron con el objeto de fijar la doctrina que corresponda sobre la interpretación de dicho precepto legal.

**Segundo.- Sobre algunas consideraciones en relación con el alcance y los límites que debe respetar esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la interpretación 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, y acerca de la necesidad de que el legislador proceda a introducir en el régimen legal del impuesto las modificaciones que estime pertinentes para determinar la condición de sujeto pasivo del impuesto.**

La misión constitucional del Tribunal Supremo es la de crear seguridad jurídica en las relaciones jurídico-privadas y en las relaciones jurídico- públicas mediante la aplicación e interpretación uniforme del ordenamiento jurídico.

El cometido de la interpretación judicial es el de hallar el sentido y significado de la norma jurídica acorde con el principio de legalidad constitucional, a través de un proceso intelectual racional y argumentativamente controlable (que no puede fundamentarse en el mero decisionismo judicial), creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas.

El eventual anquilosamiento u obsolescencia de una norma jurídica tributaria, debido al mero transcurso del tiempo o por el cambio sobrevenido de circunstancias económicas o sociales que sostenían la base del impuesto, no autoriza al Tribunal Supremo a actualizar su contenido, al margen de la voluntad objetivada del legislador, al deber de respetar el principio de reserva de ley en materia tributaria.

El principio democrático, que constituye junto al principio de separación de poderes, uno de los postulados configuradores del Estado de Derecho apela al poder legislativo a que introduzca las modificaciones que estime pertinentes en el régimen jurídico de un impuesto con la finalidad de adaptarlo a las nuevas circunstancias que justifiquen la imposición del tributo.

Partiendo de estas premisas de índole constitucional, considero que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al tratar de concretizar, por vía interpretativa, la condición de sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en los supuestos de escrituras públicas de constitución de un préstamo con garantía hipotecaria, a tenor 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, y resolver la controversia casacional planteada, no puede desbordar los límites de interpretación de las normas tributarias asumiendo funciones propias del poder legislativo.

Por ello, en el recurso de casación que enjuiciamos, en que observamos que los esfuerzos argumentativos desplegados en la interpretación del artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, tanto por el Tribunal Constitucional, como por la Sala Primera de lo Civil y la Sala Tercera de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, para determinar la condición de sujeto pasivo en estos supuestos, no conducen a una solución unívoca, debido a la inconcreción de la norma aplicada, resulta evidente que solo el legislador puede corregir de forma solvente y con carácter definitivo la laguna legal apreciable en el texto normativo analizado.

Resulta incuestionable que, en el supuesto que examinamos, la defectuosa técnica normativa utilizada por el legislador para determinar la condición de sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados, ha generado, por la incertidumbre jurídica creada entre los destinatarios de la norma, una erosión grave del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

Esta situación de inseguridad jurídica no se solventa de forma definitiva, cualquiera que sea el pronunciamiento que resuelva este recurso de casación, ya que el fallo eventualmente estimatorio o desestimatorio del recurso de casación puede poner en evidente riesgo otros principios constitucionales, como el principio de igualdad ante la ley tributaria y el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho.

En este sentido, me parece oportuno recordar que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al igual que el resto de juzgados y tribunales de este orden jurisdiccional, en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico tributario, está sometido únicamente a la Constitución y a la Ley, de modo que, si bien no puede incurrir en "non liquet", no cabe que ampare interpretaciones de disposiciones legales que supongan corregir, sustituir o suplantar las facultades normativas que corresponden al poder legislativo ( artículo 66 y 117.1 CE).

En la sentencia constitucional 211/1992, de 11 de diciembre, se expresa el alcance del principio de reserva de ley en materia tributaria, y su proyección al poder jurisdiccional, al señalar que este principio expresa la necesidad de que los Tribunales de Justicia eviten interpretaciones nominalistas del ordenamiento tributario que den lugar a interpretaciones incompatibles con la plena vigencia de un sistema tributario justo.

El respeto al principio de reserva de ley tributaria comporta que al legislador le compete determinar los elementos esenciales configuradores del tributo, entre los que se incluye, necesariamente, la determinación del sujeto pasivo, de conformidad con el principio de legalidad tributaria, según sostiene una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, reflejada en las sentencias 37/1981, 6/1983, 179/1985, 150/2003.

A las Cortes Generales les corresponde definir la política fiscal del Estado que resulte más adecuada para subvenir al sostenimiento de los gastos públicos. Así, le compete establecer un sistema fiscal que respete los principios constitucionales de igualdad, capacidad económica y progresividad enunciados en el artículo 31 de la Constitución, tras una valoración de las ventajas, beneficios e inconvenientes de naturaleza económica y social que comporta la imposición o modificación de un tributo.

La libertad de configuración del legislador, en relación con las normas tributarias-se sostiene en la citada sentencia constitucional 211/1992-, no equivale a una libertad absoluta, pues debe respetarse el orden constitucional, y particularmente los principios consagrados en el artículo 31.1 de la Constitución, que establece los límites que el legislador no puede rebasar.

Tampoco esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo puede sostener interpretaciones del ordenamiento jurídico tributario que contradigan o ignoren las resoluciones del Tribunal Constitucional.

En este sentido, cabe precisar que el artículo 5 de la Ley orgánica del Poder Judicial dispone que "la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos", y además establece que "cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica".

En suma, estimo que, a partir de la sentencia que pronunciamos, el poder legislativo debe adoptar las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto sobre actos jurídicos documentados, sirviéndose para ello de su amplio margen de configuración normativa, con el objeto de determinar con precisión y claridad el sujeto pasivo de este impuesto conforme el principio de lex certa, puesto



que al Tribunal Supremo no le compete efectuar una interpretación del artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, que suponga una mutación o alteración sustancial de dicha disposición legal, que se desligue del significado y sentido originario del precepto y que eluda la voluntad objetiva del legislador que se infiere del propio significado lógico del texto normativo que analizamos, en cuanto ello supondría un ejercicio exorbitante y desviado de la potestad jurisdiccional.

**Tercero.- Sobre la necesidad de plantear, previamente a la resolución del recurso de casación, cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sobre la eventual inconstitucionalidad de los artículos 29 y 30 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.**

En mi opinión, con carácter previo a fallar el presente recurso de casación, el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debería haber planteado cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución, sobre la eventual inconstitucionalidad 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.

Las dudas de inconstitucionalidad del citado precepto legal, que dispone "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", se suscitan con base en la supuesta infracción del principio de legalidad tributaria, enunciado en el artículo 31 de la Constitución, así como del principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 del Texto Constitucional, en cuanto a la falta de complitud normativa en la determinación del sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados, en los supuestos de gravamen de las escrituras de contratos de préstamo con garantía hipotecaria.

No es óbice a la necesidad formulada de que iniciemos los trámites para plantear una cuestión de inconstitucionalidad que el Tribunal Constitucional ya se hubiera pronunciado sobre la constitucionalidad de este precepto, en los Autos 24/2005 de 18 de enero y 223/2005 de 24 de mayo, en que acordó la inadmisión de las cuestiones de inconstitucionalidad formuladas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto del artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

Apreciamos que no resultan coincidentes ni el contexto normativo del que se parte como premisa para enjuiciar dicho precepto legal (al haberse declarado la nulidad del artículo 68.2 del Reglamento del impuesto en nuestra sentencia de 18 de octubre de 2018) ni el principio constitucional presuntamente infringido.

Cabe poner de manifiesto que las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se formularon por entender que dicha disposición legal podía ser contraria a los artículos 14, 31.1 y 47 de la Constitución, pues dichas cuestiones se plantearon en relación con la consideración de que el sujeto pasivo era el prestatario, según se deducía en lo dispuesto en los artículos 8. d) y 15.1 del citado texto refundido y en 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.

El Tribunal Constitucional avaló la constitucionalidad de la consolidada doctrina jurisprudencial de esa Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 22 de abril de 1988, 25 de mayo de 1989, 16 de septiembre de 2000, 24 de junio de 2001, 23 de noviembre de 2001, que fueron aducidas por las partes legitimadas personadas en el proceso de inconstitucionalidad, al no expresar ningún reproche a la fundamentación jurídica de estas resoluciones judiciales.

Sostuvo el Alto Tribunal de Garantías Constitucionales que no vulneraba el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española, ni el principio de capacidad económica del artículo 31, ni el derecho a disfrutar de una vivienda digna previsto en el artículo 47 de la CE, la determinación de que el sujeto pasivo del impuesto, en los supuestos de préstamos con garantía hipotecaria, fuere el prestatario.

La fundamentación del Tribunal Constitucional se expuso en los siguientes términos:

"La segunda observación que el órgano judicial formula respecto del art. 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993 ( RCL 1993, 2849) es la vulneración del principio de capacidad económica previsto en el art. 31.1 de la Constitución ( RCL 1978, 2836) . Y lo hace porque entiende que si el sujeto pasivo de "actos jurídicos documentados" en los supuestos de préstamos hipotecarios es el prestatario, se está gravando a quien no manifiesta capacidad económica para poder ser considerado como sujeto pasivo del tributo. A juicio del órgano cuestionante el gravamen debería recaer sobre el acreedor hipotecario que es quien adquiere un derecho real de garantía que le permitirá ejecutar el inmueble en caso de impago del crédito. Es decir, habría que gravar a aquel que haya salido "ganando" con la operación, que en este caso no puede ser otro que el



acreedor que tiene su crédito garantizado con hipoteca. Y una prueba de ello es, según el parecer del órgano judicial, el hecho de que el legislador haya declarado exenta la operación de cancelación de una hipoteca por no existir "capacidad tributaria por parte del contribuyente".

Sobre este particular es preciso comenzar diciendo que ciertamente la capacidad económica es el elemento determinante o justificativo del deber de contribuir previsto en el art. 31.1 CE, teniendo una vertiente positiva (quien tenga capacidad económica tiene la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos) y una negativa (quien no tenga capacidad económica no tiene aquella obligación de contribuir). Así, la capacidad económica se constituye en el elemento determinante de la proporción en la que cada uno contribuye al sostenimiento de los gastos públicos, erigiéndose, finalmente, en una doble obligación, tanto de los ciudadanos como de los poderes públicos, pues si los unos están sometidos a contribuir de acuerdo con su capacidad económica al sostenimiento de los gastos públicos, los otros están obligados, en principio, a exigir en condiciones de igualdad esa contribución a todos aquellos cuya situación ponga de manifiesto una capacidad económica susceptible de ser sometida a tributación ( SSTC 96/2002, de 25 de abril [ RTC 2002, 96 ], F. 7; y 193/2004, de 4 de noviembre [ RTC 2004, 193 ], F. 3). En efecto, hemos señalado que el principio de capacidad económica, como el resto de los que se contienen en el art. 31.1 CE, constituye un "criterio inspirador del sistema tributario" ( STC 19/1987, de 17 de febrero [ RTC 1987, 19 ], F. 3), un principio ordenador de dicho sistema ( STC 182/1997, de 28 de octubre [ RTC 1997, 182 ], F. 6). Así, el art. 31.1 CE conecta el deber de contribuir a los gastos públicos con el criterio de la capacidad económica (por ejemplo, en SSTC 27/1981, de 20 de julio [ RTC 1981, 27 ], F. 4; 37/1987, de 26 de marzo [ RTC 1987, 37 ], F. 13; 150/1990, de 4 de octubre [ RTC 1990, 150 ], F. 9; 221/1992, de 11 de diciembre [ RTC 1992, 221 ], F. 4; 134/1996, de 22 de julio [ RTC 1996, 134 ], F. 6; y 182/1997, de 28 de octubre [ RTC 1997, 182 ], F. 7), lo que significa "la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra" ( SSTC 27/1981, de 20 de julio [ RTC 1981, 27 ], F. 4; 150/1990, de 4 de octubre [ RTC 1990, 150 ], F. 9; 221/1992, de 11 de diciembre [ RTC 1992, 221 ], F. 4; 233/1999, de 16 de diciembre [ RTC 1999, 233 ], F. 14 y 23; y 96/2002, de 25 de abril [ RTC 2002, 96 ], F. 7), bastando para entender cumplida esta exigencia con que dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial, en la generalidad de los supuestos para que el principio constitucional quede a salvo (por todas, SSTC 37/1987, de 26 de marzo [ RTC 1987, 37 ], F. 13; 221/1992, de 11 de diciembre [ RTC 1992, 221 ], F. 4; 186/1993, de 7 de junio [ RTC 1993, 186 ], F. 4; 214/1994, de 14 de julio [ RTC 1994, 214 ], F. 5; 14/1998, de 22 de enero [ RTC 1998, 14 ], F. 11 B; y 233/1999, de 16 de diciembre [ RTC 1999, 233 ], F. 14 y 23). Por este motivo, el tributo -cualquier tributo- "grava un presupuesto de hecho o "hecho imponible" ( art. 28 LGT [ RCL 1963, 2490 ] ) revelador de capacidad económica ( art. 31.1 CE) fijado en la Ley" ( STC 276/2000, de 16 de noviembre [ RTC 2000, 276 ], F. 4), de modo que la "prestación tributaria no puede hacerse depender de situaciones que no son expresivas de capacidad económica" ( STC 194/2000, de 19 de julio [ RTC 2000, 194 ], F. 4). En definitiva, no cabe duda de que "el principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 CE impide que el legislador establezca tributos -sea cual fuere la posición que los mismos ocupen en el sistema tributario, de su naturaleza real o personal, e incluso de su fin fiscal o extrafiscal (por todas, SSTC 33/1987, de 26 de marzo [ RTC 1987, 33 ], F. 13; y 194/2000, de 19 de julio [ RTC 2000, 194 ], F. 8)- cuya materia u objeto imponible no constituya una manifestación de riqueza real o potencial, esto es, no le autoriza a gravar riquezas meramente virtuales o ficticias y, en consecuencia, inexpresivas de capacidad económica" ( STC 194/2004, de 4 de noviembre [ RTC 2004, 194 ], F. 5).

Tampoco podemos compartir que se vulnere el art. 31.1 CE por la norma cuestionada, por los motivos que pasamos a exponer. En primer lugar, debe precisarse que la capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial y, por tanto, de capacidad económica susceptible de gravamen, pues sólo quien tiene capacidad de pago, esto es, quien tiene aptitud para generar riqueza con la que hacer frente a la amortización de un préstamo o de una deuda puede convertirse en titular del mismo. De la misma manera quien ofrece como garantía del préstamo un bien pone de manifiesto, no ya una riqueza potencial concretada en su aptitud para hacer frente al pago de la deuda, sino una riqueza real equivalente al valor del bien que ofrece como garantía del pago de la deuda.

En segundo lugar, es necesario subrayar que no puede confundirse el gravamen del negocio jurídico (la contratación del préstamo o la constitución de una garantía real, o ambos a la par), que no constituye el objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, con el gravamen de la escritura pública que protocoliza el negocio jurídico realizado, que es el único objeto de la cuestión, y que se efectúa por la modalidad de "actos jurídicos documentados" del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en la cual, dado que uno de los requisitos exigidos por el art. 31 del Real Decreto Legislativo 1/1993 ( RCL 1993, 2849 ) para aplicar el gravamen gradual del 0,5 por 100 es, aparte de que sea inscribible el acto y de que no esté sujeto a las modalidades de "transmisiones patrimoniales onerosas" o de "operaciones societarias" del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, o al impuesto sobre sucesiones



y donaciones, que tenga contenido económico, no cabe duda que ello es un indicio, en la generalidad de los supuestos, de la existencia de una capacidad económica gravable.

Finalmente, 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)."

Al respecto, resulta significativo para centrar la controversia jurídica planteada ante el Tribunal Constitucional, por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña transcribir las alegaciones que formularon el Abogado del Estado, el Ministerio Fiscal, y el Abogado de la Generalidad de Cataluña en este proceso constitucional.

El Abogado del Estado defendió que la imposición al prestatario del impuesto de actos jurídicos documentados no vulneraba la Constitución en los siguientes términos:

"El Abogado del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado el día 25 de junio de 2003, solicitando se declarase la impertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pues, a su juicio, el art. 29 cuestionado, al hilo de la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2002 ( RJ 2002, 638 ), "no vulnera el principio de igualdad ( art. 14 CE), puesto que se aplica por igual a todos los prestatarios, en cuanto que beneficiarios de la constitución de préstamos hipotecarios empresariales". Y tampoco vulnera, a su entender, el principio de capacidad económica, pues el art. 31 CE lo establece "en relación al conjunto del sistema tributario (y no sólo de un tributo en particular), especialmente cuando la carga tributaria se impone al beneficiario del negocio". Por último, no ve "en qué medida el gravamen del impuesto pueda afectar al derecho a la vivienda digna reconocido constitucionalmente".

Así mismo, el Ministerio Fiscal mantuvo la constitucionalidad del artículo 29 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, con los siguientes argumentos:

"El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones, por escrito registrado el día 30 de junio de 2003, entendiendo improcedente el planteamiento de la cuestión, pues, con base en la doctrina del Tribunal Supremo en la materia ( Sentencia de 23 de noviembre de 2001 [ RJ 2002, 638 ] ), es claro que en la constitución de préstamos con garantía hipotecaria el negocio jurídico principal es el de préstamo (del que la hipoteca es un negocio jurídico accesorio de garantía) y el beneficiario de aquél, en cuyo interés se formalizó, es el prestatario. Además, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre ( RCL 2000, 3029 y RCL 2001, 1566 ), de medidas fiscales, administrativas y del orden social añadió un nuevo apartado, el 18, al art. 45.I.B del Real Decreto Legislativo 1/1993, declarando exentas del pago del impuesto en la modalidad gradual de "actos jurídicos documentados", las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas. En consecuencia, a juicio del Fiscal, teniendo en cuenta la unidad de hecho imponible en torno al préstamo que produce como consecuencia que el único sujeto pasivo sea el prestatario, no existen motivos para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad."

El Abogado de la Generalidad de Cataluña también se opuso a la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad con base en la formulación de las siguientes consideraciones:

" La Generalidad de Cataluña presentó escrito de alegaciones, con fecha 7 de julio de 2003, a través de la Letrada doña Mercè Nieto García, quien también se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, fundamentalmente, porque el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuestión en reiteradas ocasiones -la atribución de la condición de sujeto pasivo al prestatario- (por ejemplo, en Sentencias de 22 de abril de 1988 [ RJ 1988, 3051 ], 25 de mayo de 1989 (sic) [ RJ 1989, 6492 ] y 16 de septiembre de 2000), declarando que el negocio jurídico principal es el de préstamo y el beneficiario el prestatario. Por este motivo, entiende la citada Letrada que no existe duda razonable sobre la constitucionalidad del precepto en cuestión, respetando no sólo el principio de igualdad tributaria, ya que trata de la misma manera a todos aquellos que son prestatarios en los supuestos de préstamos hipotecarios formalizados en escritura pública, sino también el de capacidad económica, pues la constitución de un préstamo hipotecario comporta la existencia de capacidad económica en el prestatario porque si no difícilmente le sería otorgado el préstamo, existiendo entonces la capacidad como riqueza potencial. "



Dejamos constancia, también, de la circunstancia de que el Tribunal Constitucional ha dejado imprejuizada en los referidos Autos la eventual inconstitucionalidad 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, por vulnerar el artículo 31.1 de la Constitución, en cuanto este precepto constitucional garantiza el principio de reserva de ley tributaria, que en este supuesto se habría vulnerado por inacción u omisión del legislador, al no precisar en el citado artículo del Texto Refundido que el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados, en los supuestos de préstamos hipotecarios será el prestamista o el prestatario, ya que la indefinición legal de este elemento esencial del impuesto, es contrario al principio de certidumbre del Derecho tributario y así mismo lesiona gravemente el principio de seguridad jurídica, en cuanto no ofrece ninguna regla precisa sobre su aplicación.

El Tribunal Constitucional en la sentencia de 150/2003 de 15 de julio ha subrayado que:

"El principio de reserva de ley tributaria lo establecen "el citado art. 133 CE para el estricto ámbito de los tributos y el art. 31 CE para las 'prestaciones patrimoniales de carácter público', que, tal y como dijimos en las SSTC 185/1995, de 14 de diciembre (FJ 3) y 182/1997, de 28 de octubre (FJ 15), constituyen una categoría jurídica más amplia en la que se integran los tributos" ( STC 63/2003, de 27 de marzo, FJ 4). Afirmamos asimismo en la STC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 5, según recuerda la STC 63/2003, de 27 de marzo, lo siguiente: "Este Tribunal ha dicho ya que la reserva de ley en materia tributaria exige que 'la creación ex novo de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo' debe llevarse a cabo mediante una ley ( SSTC 37/1981, 6/1983, 179/1985, 19/1987). También hemos advertido que se trata de una reserva relativa en la que, aunque los criterios o principios que han de regir la materia deben contenerse en una ley, resulta admisible la colaboración del reglamento, siempre que 'sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley' y siempre que la colaboración se produzca 'en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad' (entre otras, SSTC 37/1981, 6/1983, 79/1985, 60/1986, 19/1987, 99/1987). El alcance de la colaboración estará en función de la diversa naturaleza de las diversas figuras jurídico-tributarias y de los distintos elementos de las mismas ( SSTC 37/1981 y 19/1987)". "

El Tribunal Constitucional , al resolver la cuestión de inconstitucionalidad que debía haberse planteado por el Pleno de esta Sala y enjuiciar el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, debía haberse pronunciado sobre si esta disposición legal era inconstitucional y nula por la falta de complitud normativa, que comportaba una indeterminación del sujeto pasivo de este impuesto, que vulnera el principio de reserva de ley en materia tributaria.

Y como consecuencia de esta eventual declaración, el Tribunal Constitucional (que asume la posición institucional de legislador negativo) en términos análogos a los mantenidos en la sentencia constitucional 45/1989 de 20 de febrero, debía haber fijado los efectos que ese pronunciamiento producía sobre las situaciones jurídicas precedentes que estuvieron pendientes de firmeza en vía administrativa o en sede judicial.

También estimo que debía haberse planteado cuestión de inconstitucionalidad respecto la determinación de la base imponible del impuesto de actos jurídicos documentados en relación con el gravamen de las escrituras que documentan préstamos con garantía hipotecaria, que se establece en el artículo 30.1 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.

Considero que dicho precepto legal, que dispone que la base imponible estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizada, suscita dudas de inconstitucionalidad respecto del inciso de este precepto en que se establece que comprende también "las sumas que se aseguran por intereses indemnizatorios, primas por incumplimiento u otros conceptos análogos", ya que, por su falta de gradualidad o proporcionalidad, en relación con la naturaleza del impuesto y el negocio jurídico principal que se formaliza en escritura notarial, infringiría el artículo 31 de la Constitución.

**Cuarto.- Sobre la necesidad de plantear, previamente a la resolución del recurso de casación, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la eventual incompatibilidad de los artículos 29 y 30 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, con el Derecho de la Unión Europea.**

Considero que el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con carácter previo a dictar sentencia en el presente recurso de casación, debió haber adoptado la decisión de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 287 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al suscitarse dudas sobre la compatibilidad de los artículos 29 y 30 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 con el artículo 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y con la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010.

En el voto particular, que formuló el magistrado Dimitry Berberoff Ayuda Ayuda a la sentencia de la Sección Segunda de lo Contencioso- Administrativo de este Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2018, ya se planteó la necesidad de analizar, desde la perspectiva de su compatibilidad o incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, el cambio jurisprudencial realizado por la referida resolución judicial, en cuanto consideró que el prestamista era el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados, en los supuestos de escrituras que documentan contratos de préstamo con garantía hipotecaria.

Se propugnaba, en dicho voto particular, que debía plantearse cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la medida que podía incidir en la libre circulación de capitales ( artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), así como en la aplicabilidad uniforme de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme, y la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, atendiendo a la doctrina asentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 27 de noviembre de 2008 (C151/08).

En el supuesto que enjuiciamos en este recurso de casación, el examen de la compatibilidad de los artículos 29 y 30 del Real Decreto Legislativo 1/1993 reside en la confrontación de la normativa estatal interna con el Derecho de la Unión Europea que garantiza la función social del derecho de acceder a una vivienda como política pública de protección social y preserva y tutela la transparencia y equidad de las condiciones de obtención de créditos destinados a la adquisición de viviendas de uso residencial.

El derecho a una vivienda digna no se reconoce de forma expresa en los Tratados Fundacionales de la Unión Europea, aunque si se instituye como un derecho de configuración social, vinculado al valor de la dignidad humana, que debe materializarse y hacerse efectivo a través de la implementación de políticas públicas activas en los Estados miembros que, mediante la concesión de ayudas de carácter social, persiguen el objetivo de luchar contra la exclusión social y la segregación urbana.

En este sentido, el artículo 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que " Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales". La ayuda de vivienda para evitar la exclusión social, con remisión al derecho nacional, nos obliga a situarnos en todas las modalidades de acceso a la misma, tanto en su vertiente de alquiler o pago por uso, como el acceso a la propiedad que- en el caso de ciudadanos de la Unión con insuficiencia de recursos-, requerirá imperativa e ineludiblemente acudir al crédito inmobiliario para financiar su adquisición.

Cabe, así mismo, poner de relieve que el artículo 13.1 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010, recoge en sus distintos epígrafes los mínimos de información que deben garantizar los prestamistas o, en su caso, los intermediarios de crédito, entre los que se encuentran -13.1 h)- " una indicación de otros posibles costes, no incluidos en el coste total del crédito, para el consumidor que deban pagarse en relación con un contrato de crédito".

Desde la perspectiva de la aplicación de la Directiva 2014/17/UE puede ser relevante que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclare los límites que deben respetar los Estados miembros de la Unión a la hora de establecer la tributación que deben soportar las operaciones inmobiliarias para la adquisición de la primera vivienda, en cuanto pudieran dificultar gravemente el derecho de los consumidores que formalizan contratos de crédito para la adquisición de inmuebles para dedicarlos al uso propio residencial, e incidir también negativamente en la transparencia, equidad y el libre juego de la competencia del mercado hipotecario.

Es cierto que el recurso de casación que enjuiciamos enfrenta únicamente a la Administración Tributaria de la Comunidad de Madrid con una Entidad Municipal de promoción de vivienda pública, sin que estén en juego en este proceso, por corresponder su enjuiciamiento a la jurisdicción civil, la consideración de cláusulas abusivas respecto del sujeto a quien corresponde abonar dicho impuesto.



Ello no es óbice para que pueda someterse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial relativa a determinar si resulta compatible con el artículo 34 de la Carta de Derechos de la Unión Europea y con la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010, una legislación de un Estado miembro de la Unión Europea que grava la formalización documental ante fedatario público de contratos de préstamo con garantía hipotecaria destinados a la adquisición de una vivienda para dedicarla a un uso residencial u habitacional, sujetándolo al impuesto sobre actos jurídicos documentados, en cuanto la aplicación de esta carga fiscal al prestatario no aparece justificada por razones objetivas y se revela desproporcionada, en la medida que dificulta el acceso de los consumidores al crédito inmobiliario y pone en riesgo la transparencia del mercado hipotecario.

Madrid, a 27 de noviembre de 2018.

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

## VOTO PARTICULAR

que, al amparo de lo establecido en el artículo 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con el artículo 205 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, formula el magistrado Excmo. Sr. Don Francisco José Navarro Sanchís a las sentencias de 27 de noviembre de 2018, pronunciadas en los recursos de casación núms. 1049, 1653 y 5911/2017, al que se adhieren los magistrados Excmos. Sres. D. Eduardo Calvo Rojas, Don Ángel Aguillo Avilés y Don Jesús Cudero Blas.

Es uso habitual, al formular voto particular, manifestar el respeto hacia la decisión judicial mayoritaria, extensible implícitamente a quienes la han adoptado. No hay razones aquí para no observar, pese al beligerante tono empleado en las sentencias, esa civilizada práctica.

### ***1. Sobre el desapacible tono empleado en las sentencias de las que discrepo.***

Causan extraordinaria preocupación, principalmente en la vertiente institucional, los sorprendentes derroteros que ha tomado este asunto y que, como era previsible, no podían tener otro desenlace que estas tres sentencias frente a las que se expresa este voto, fruto natural de aquéllos.

Esta es la primera vez en la historia del bicentenario Tribunal Supremo en que, de un modo indisimulado, se convierte un recurso de casación, que el pleno de la Sala Tercera estaba llamado a resolver, en otra cosa distinta y sustancialmente peor: en un desinhibido repertorio de medias verdades, desahogos verbales y argumentación poco rigurosa, por el que se desplaza el centro del enjuiciamiento, que debería encontrarse en las sentencias de instancia de cuya casación se trata, para situarlo, de forma indebida, en la doctrina jurisprudencial creada por la Sección Segunda de la Sala en sus tres sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018.

Expresado con otras palabras, surge con evidencia de su lectura que el insólito pleno a que fuimos convocados, rematado ahora con estas tres sentencias tras una serie notoria de peripecias varias que son conocidas por todos -gracias, entre otras razones, a la siempre indeseable costumbre de la filtración de sus detalles, incluso más triviales, a los medios de comunicación-, ha sido el escenario en que se ha representado una suerte de *auto de fe* contra la doctrina jurisprudencial de la sección segunda y, sin reparo alguno, contra la tarea de juzgar afrontada por todos sus componentes, la cual no es, no puede ser, de menor entidad, calidad o valor que la de aquéllos que, por medio de estas sentencias, nos tratan de reconvenir, siempre que partamos como presupuesto indeclinable de la capital idea de que el juez vale lo que sus argumentos.

Esa *mutatio* de hecho que han experimentado las sentencias en relación con el objeto casacional -ya embrionariamente presente en la nota de prensa por la que tuvimos ocasión de conocer los magistrados la avocación al pleno-, que no puede ser discutida si observamos lo acontecido, denota, para comenzar, una inaceptable falta de respeto hacia los verdaderos protagonistas de los recursos de casación, las partes que intervienen en él, a quienes se ha convertido, a su pesar, en convidados de piedra que asisten a un espectáculo poco edificante y ajeno a ellos.

La decisión de estos recursos prescinde, ahora lo podemos ver, de las sentencias de instancia, que son el auténtico objeto de la impugnación, y prescinde también del análisis de las pretensiones y motivos esgrimidos por las partes, a las que sólo se alude de forma tangencial, en los antecedentes de hecho y en los fundamentos de derecho, porque el verdadero designio que preside las resoluciones es dar cauce a una reprimenda inaudita a una de las secciones de la Sala, la sección segunda, en el ejercicio de su estricta función jurisdiccional, por



razones tan fogosamente manifestadas, que causan gran desconcierto y perplejidad cuando se leen en una sentencia del Tribunal Supremo.

Decía que es la primera vez que sucede semejante fenómeno: no se encuentran precedentes, que se conozcan, ni en los repertorios de jurisprudencia ni en las bases de datos, de resoluciones tan inmoderadas ni tan desviadas de su naturaleza propia. Más extraño aún es que esa nueva e indeseable práctica cinegética la inaugure el pleno de una de las salas del Tribunal Supremo en su actividad netamente jurisdiccional, porque si ya es deplorable el enfoque general dado a las sentencias, más aún lo es cuando proviene del Alto Tribunal, vértice de la pirámide judicial española y llamado por ello especialmente a dispensar a los ciudadanos y, en particular, a los demás jueces y tribunales, un exquisito comportamiento en que, desde luego, impere el razonamiento sobre el exabrupto. Así ha sido durante más de doscientos años y no nos parece que sea momento de soslayar ahora esa necesaria observancia, inherente a la función misma de juzgar y, en particular, a la formación de jurisprudencia, que ha de tener tanto de *prudencia* como de *ius*, si es que el derecho no exige por fuerza la prudencia en todo caso.

Es virtud propia de jueces, que por lo general es asimilada en los primeros años de carrera profesional, en la soledad del juzgado de pueblo, la de mostrar cortesía a las partes en el proceso y, en mayor medida aún, en sus resoluciones. De hecho, nuestra ley orgánica reguladora corrige disciplinariamente las faltas de respeto o consideración en que incurran aquéllos, incluso las dirigidas a colegas que han desempeñado una actividad judicial tan digna, cuando menos, como la que ejercen los ahora ponentes. Esto es una señal de que la ley no es partidaria, en general, de que estos excesos ocurran.

Basta examinar cualquier sentencia, escogida al azar, pronunciada por cualquier juzgado o tribunal, para verificar que el tono áspero está, en la conducta de un juez, rigurosamente contraindicado, en cualquier manifestación de su actividad pública y más aún lo está cuando se expresa en decisiones judiciales. Si es el Tribunal Supremo quien ofrece esta imagen, mucho más grave resulta aún y más incomprensible para los ciudadanos, para los profesionales del derecho, para los miembros de la carrera judicial y, muy singularmente, para los magistrados integrantes de las restantes Salas que integran este Tribunal Supremo, que deben de contemplar atónitos estos desafueros.

La segunda falta de respeto lo es, también de modo sorprendente, hacia los miembros de la Sala Tercera que asistieron al pleno y mostraron su conformidad con las propuestas de los ponentes originarios, en favor de la estimación de los recursos de casación. A ellos también van dirigidas las poco templadas palabras de los ponentes. A este respecto, la nota de prensa hecha pública por el Presidente de la Sala se expresa en estos literales términos: "*El Pleno de la Sala III, tras dos días de deliberaciones, ha acordado por 15 votos a 13 desestimar los recursos planteados...*".

Quiere ello decir que el desenlace final, anunciado en esa nota pública -pese a la taxativa prohibición del artículo 233 LOPJ, sobre el secreto de las deliberaciones, que alcanza al resultado de las votaciones-, desvela que la decisión mayoritaria no fue abrumadoramente compartida, por más que las sentencias traten de reivindicar, con cierta vehemencia, que su solución jurídica era la única posible y aceptable.

La línea general discursiva que adoptan las resoluciones, asombrosamente coincidentes entre sí -sin una referencia mínima a cuál de ellas es la primera u original, si la hay-, como si se tratara de ejercicios de una nueva modalidad de *jurisdicción sincronizada*, comienza con una defensa a ultranza, *non petita*, de las atribuciones presidenciales para la avocación al pleno -cuyas aporías más notables resumiremos luego-; prosigue con el encomio, no menos desaforado, de la jurisprudencia anterior -en realidad la única que reputan tal, pues la establecida con arreglo a la ley por la sección segunda, manifestada en las tres sentencias de 16, 22 y 23 de octubre último, es degradada a la consideración de sentencias o de *sentencias discrepantes* (sic)-; y finaliza con el envés del bloque anterior, denigrando el ejercicio de la potestad judicial por parte de la sección segunda en términos que, expresado con todo respeto, no alcanzan a comprender las verdaderas razones que determinaron sus respectivos fallos y, menos aún, a refutarlas.

Aunque la mejor manera de reivindicar el criterio que en su día establecieron las sentencias de la sección segunda sería remitirnos *in toto* a la primera de esas *sentencias discrepantes*, en el extraño decir de las que ahora leemos, no podemos pasar por alto algunas interpretaciones de la ley fiscal que se patrocinan con cierta desenvoltura, a fin de que no se perpetúen en las bases de datos errores de tan grueso calibre como alguno de los que se observan en las sentencias, sin recibir al menos alguna aclaración elemental.

Más enigmático aún resulta el empleo de ese tono despectivo o burlesco -si se refiere a nuestro criterio- o panegírico -cuando alude, bien a las atribuciones presidenciales para convocar un pleno, bien a la doctrina histórica, a la que se atribuye una especie de cualidad mística de verdad de fe intangible e inefable-, cuando el despliegue de esa energía era innecesario para sustituir, cual se pretende, una doctrina por otra. Nunca es necesaria, desde luego, la descortesía o la argumentación *ad hominem* -y tal comportamiento se mira siempre



con desaprobación en este Tribunal Supremo-, pero en este caso es más superflua y desnortada aún cualquier señal de acaloramiento, si se tiene en cuenta que la doctrina nueva -que surge de estas tres sentencias de hoy-, nace cuando ya no tiene sentido práctico pronunciamiento alguno acerca de quién sea el sujeto pasivo de ese impuesto al que hemos dado tantas semanas de nuestra vida.

Tal es así a la vista del cambio de regulación operado en el artículo único del Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, que modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que declara expresamente que *"cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista"*.

Podemos añadir, a lo dicho, que las faltas de consideración repetidas y evidentes que exhiben estas sentencias, que van a pasar perennemente a la historia jurisprudencial como un baldón sonrojante, sólo infaman a quienes incurrir en ellas y, tratándose de sentencias judiciales adoptadas por órganos colegiados, a quienes las han secundado sin formular objeciones ni reparos a sus formas. Los destinatarios de tal falta de deferencia consideramos -es mi caso-, que lo de menos aquí es la vertiente personal del asunto, porque es de caducidad muy fugaz y, porque creemos que nuestro honor y nuestra labor judicial quedan indemnes, cuando no fortalecidos, de resultas de ellas.

Lo más preocupante, con mucho, es la imagen que de nosotros mismos estamos proyectando a la sociedad, en particular a los teóricos y prácticos del Derecho y, muy en especial, a los jueces y magistrados que integran la carrera judicial y, que, en su quehacer diario, confían en el ejemplo del Tribunal Supremo a la hora de esclarecer la resolución de los asuntos que se someten a su decisión, que pueden quedar perplejos con estas actitudes belicosas. Esa percepción negativa del Tribunal Supremo, que se centra en especial en su Sala Tercera, amplificada y distorsionada extraordinariamente por los medios -nutridos éstos, a su vez, por evidentes fuentes internas- está por desgracia muy arraigada, como consecuencia de circunstancias indisolublemente unidas a las extrañas vicisitudes que han acompañado a este asunto -por lo que parece increíble que no se perciban como tales, en toda su dimensión, por los miembros del pleno, en esta Sala acostumbrada a la autocomplacencia y el ensimismamiento-.

Lejos de incurrir en esta especie de desabrida provocación, las sentencias con que finalizan estos recursos de casación podrían haber sido un primer paso hacia la normalización de la Sala y la serenidad de las actitudes, de que tan necesitados estamos todos; y, probablemente por impericia, no dejan de ser sino muestras de extravagancia añadidas a las que hemos vivido estas últimas semanas.

Junto a ello debemos considerar, antes de abordar el voto propiamente dicho, que es constante vital innegable, basada en la experiencia común, que el impropio sustituye siempre al argumento, de modo que aquél abunda y se expande cuando éste -que es virtud y exigencia judicial- brilla por su ausencia.

De todos modos, los usos forenses con que se desarrollan los plenos judiciales y la ausencia en ellos de documentación de los debates propician que se pueda disociar manifiestamente lo votado -y lo deliberado y razonado conducente finalmente a las posturas que se someten a votación- y lo que después el ponente, autónomamente, decide plasmar a su gusto en la redacción de la sentencia, no sometida en modo alguno, ni aun esquemático o embrionario, a control, verificación o ratificación que no sea la firma y la no formulación de votos particulares.

Por lo demás, las abundantes muestras de voluntarismo en que tropiezan constantemente las sentencias, unidas al hecho de que en ellas se dirige la munición frente a la doctrina de la sección segunda fijada en las tres sentencias de tan repetida cita, provoca un dilema de difícil solución a la hora de afrontar el voto particular: éste, por lo general, debe consistir en la réplica jurídica de los fundamentos y fallo de la sentencia de la que se disiente, tarea que en este caso se ve notablemente dificultada por el hecho de que las sentencias vienen a renunciar a decidir los recursos de casación que se les han encomendado conforme a su previsible y habitual técnica judicial, porque terminan siendo una especie de voto disidente frente a aquellas sentencias de la sección segunda, a las que hacen objeto de su censura, de modo que hemos de situarnos en la posición artificial y fingida de que lo que procede ahora, en realidad, es un *voto al voto* o, si se quiere, una reivindicación positiva de las sentencias a través de las cuales se manifestó nuestra doctrina.

Por último, es preciso dejar constancia de que resultan inadmisibles las afirmaciones que se vierten para justificar la defensa numantina que se realiza, en los tres fundamentos jurídicos primeros de las respectivas sentencias, de la avocación al pleno, así como de la necesidad de la recuperación a todo trance de la vieja doctrina -al parecer inevitable- para restablecer el orden jurídico tras el cataclismo que pudieron suponer, en su particular visión de las cosas, las tres sentencias de la sección segunda, según sostienen las sentencias de las que se discrepa al respecto.



Al unísono de nuevo, concordados simétricamente en el ejercicio de la invectiva gratuita, los ponentes han dejado de recordar las palabras contenidas en la nota del Presidente del Tribunal Supremo de 22 de octubre último, a las que prestó su asentimiento expreso el presidente de la Sala Tercera, que dicen así, en su punto segundo: "2º.- *Los magistrados integrados en la sección segunda de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo y el presidente de dicha sección han actuado en todo momento en relación con estos asuntos con plena lealtad al Alto Tribunal, así como con independencia, profesionalidad y competencia técnica en la interpretación y aplicación de la ley, y con escrupuloso respeto a las normas procesales aplicables al presente caso*".

Los redactores de estas sentencias, no obstante tan rotunda declaración, se ven ajenos o indiferentes a esa nota superior y terminan por ser más papistas que el papa, viendo por doquier infracciones, omisiones e irreflexión en la conducta de los magistrados de la sección segunda. El estilo general de las sentencias intenta introducir en el curso de la motivación insinuaciones, dudas y medias verdades que provoquen una sospecha en los lectores sobre el recto proceder de aquéllos en el ejercicio de la jurisdicción que se les ha encomendado.

Esta es, como cabe concluir, la tercera falta de respeto que se advierte.

## **II. Algunas consideraciones generales en estos asuntos**

1) Lo que se ha dilucidado por el pleno de la Sala Tercera en estos recursos de casación no es, de un modo inmediato y directo, la fijación o corrección de la doctrina sobre la determinación del sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados y la interpretación de los pertinentes preceptos legales. Lo esencial no es, ni para la propia Sala ni para cualquier profesional jurídico, una mera cuestión de formación de jurisprudencia o de interpretación de normas. Congruente con ese ámbito, este voto particular no se dirige tanto frente al contenido de unas sentencias, cuanto a la base misma que las ha hecho posibles. No es tanto la discrepancia con la asunción en sentencia de un criterio jurisdiccional y la rectificación de otro, como con el mero hecho de su adopción.

El problema esencial que debemos afrontar guarda relación necesaria e íntima con valores jurídicos fundamentales que laten en la llevanza de este asunto y que, en mi opinión, se han visto muy gravemente comprometidos: la independencia judicial -que parece maniatada por la posibilidad de una súbita y discrecional irrupción del pleno revisor-; la confianza que el Tribunal Supremo ha de inspirar a todos los juzgados y tribunales, a los demás teóricos y prácticos del Derecho y al conjunto de los ciudadanos; y el valor de la jurisprudencia formada por un tribunal imparcial, especializado, según las leyes procesales, en la materia sobre la que se pronuncia, que ha actuado conforme a la ley -fuente nuclear de esa confianza depositada-, tarea que es elemento sustancial, a su vez, de la seguridad jurídica como principio vital propiciador de la justicia.

Sería impensable, creo firmemente, en las demás Salas de este Tribunal Supremo, que aconteciera algo remotamente parecido a lo sucedido aquí: que el presidente respectivo, por propio imperio, decidiera convocar un pleno para revisar la jurisprudencia recién establecida en el seno del Tribunal, cuando se percibiera a *posteriori* la grave transcendencia económica y social del fallo estimatorio o la existencia de un cambio jurisprudencial explícitamente previsto entre las posibilidades manejadas en la sentencia.

2) Ello significa, también, que la mera avocación al pleno de tres asuntos idénticos a otros tres ya sentenciados, en el exacto momento en que se hizo, a los fines explícitos de que su doctrina se pudiera confirmar o no, también va a perjudicar seriamente la buena marcha del modelo casacional cuyos primeros pasos se están dando -no sin dificultades de toda clase-, pues tal designio de avocación, en las circunstancias en que se ha producido, comportará serios riesgos de relativización del valor de la jurisprudencia formada, dado su sometimiento a la espada de Damocles del control plenario indiscriminado, con la idea inherente que transmite de que el juez naturalmente llamado a resolver, dentro del cauce marcado por el auto de admisión, puede quedar desplazado por una especie de Gran Sala fiscalizadora.

Tal decisión de fondo -incluida entre las atribuciones a que la convocatoria nos llamaba-, que se comentará más adelante, es el resultado de una postura en mi opinión errónea, según la cual se determina que el colegio plenario puede, en los tres recursos avocados, reexaminar sin cortapisas ni límites la doctrina recientemente establecida y fijar una nueva que la reemplace. Entiendo, por las razones que seguidamente voy a exponer, que la potestad del pleno es reglada ( artículo 197 LOPJ y 92.7 LJCA) y, tras el examen de su propia competencia y, luego, del alcance y objeto de su pronunciamiento, no podía comprender rectamente la corrección de la jurisprudencia fijada tan sólo unos días antes, en una de sus secciones de enjuiciamiento, cuando ésta ha observado las reglas procesales y sustantivas que permiten crearla, siguiendo atentamente la encomienda de decisión que el auto de admisión prefiguraba -datos éstos, concernientes a los términos del auto de admisión, que las sentencias han omitido por completo, clamorosamente, porque perjudica de modo notorio su preconcebida tesis-.



3) Las circunstancias y los términos de la convocatoria del pleno hacían pensar, no de un modo implícito ni dudoso, en una terminante llamada a la rectificación o enmienda de la jurisprudencia establecida en la sentencia de 16 de octubre de 2018, primera de las tres antes votadas y luego publicadas.

Basta para llegar a tal conclusión, simplemente, con reseñar sus datos más concluyentes: la suspensión de asuntos iguales pendientes de votación y fallo; el fundamento en el *giro radical* operado; la expresa alusión a la enorme repercusión económica y social; y sobre todo, la clara posibilidad de cambiar la doctrina de la sección segunda, pues la avocación se efectúa "*a fin de decidir si dicho giro jurisprudencial debe ser o no confirmado*". La circunstancia apremiante de que tal avocación fuera conocida por los magistrados llamados a conformar el órgano plenario sólo a través de la prensa, así como la inmediatez de la nota -apenas un día tras la notificación de la primera sentencia-, llevan a pensar, sin dificultad, en una convocatoria urgente y apremiante para pronunciarse de nuevo, confirmando o no, el *giro jurisprudencial*. En esa fulminante decisión está implícito, pero no oculto, un designio de desplazar a la sección segunda en el conocimiento de asuntos idénticos a otros fallados y, aún, cabe añadir, un propósito punitivo a ésta, extensible a las personas de sus componentes. Desgraciadamente, los términos de las sentencias avalan esa impresión inicial.

4) Es claro, además, que la *enorme repercusión económica y social* advertida en ese preciso momento está asociada al sentido estimatorio del fallo, del que tal resonancia es indisociable; y que la trascendencia social ya fue valorada, como luego veremos, en el propio auto de admisión, lo que pudo ser advertido entonces por la sección de admisión que lo adoptó como un claro indicio, antes de que se efectuara el primer pronunciamiento, de la necesidad de que el pleno juzgara el asunto, necesidad -o conveniencia- que, por cierto, no se pone en duda en momento alguno, considerada en términos abstractos, no por referencia a estos recursos.

5) Es preciso, a tal respecto, aclarar ciertos conceptos elementales que parecen haberse confundido y que merecen una mínima respuesta, siquiera lo sea para que no prevalezca sin réplica una afirmación tan infundada: una cosa es que el pleno jurisdiccional se haya constituido formalmente y se haya celebrado -haciendo abstracción del acierto o bondad de su convocatoria, o del objeto que debía ser tratado en la sesión- y otra cosa bien distinta es que no pueda ser debatido, en el seno del propio pleno, el ámbito de su competencia objetiva y, aun quedando afirmada ésta, la procedencia de plegarse a la convocatoria sin valorar antes la oportunidad o conveniencia de revisar el criterio de fondo o los riesgos de afrontar su examen -como lo son, con nitidez, que tal enjuiciamiento plenario conduciría a reprimir o coartar gravemente a la sección segunda en su tarea de juzgar y por ende, de formar jurisprudencia, y ello tanto si se confirmaba como si no se confirmaba ese llamado *giro radical*-, máxime cuando el objeto de la avocación al pleno recaía sobre asuntos idénticos a otros ya decididos.

Visto desde otra perspectiva, el hecho de que sea firme la resolución avocando los recursos al pleno la hace procesalmente irrevocable, pero no infalible, esto es, insusceptible de todo posible análisis crítico, como imbuida de una especie de perfección congénita y sobrenatural. De ser así, con más razón aún habrían de ser respetadas, formal y materialmente, las tres sentencias firmes pronunciadas por el propio Tribunal Supremo, Sala Tercera, en su sección segunda, que constituyeron precisa -y desviadamente-, el objeto del debate en el pleno, y que han sido destinatarias de una agria crítica, no acompañada de razones jurídicas suficientes para ello que hayamos podido conocer y rebatir.

6) No es tampoco una reflexión de orden menor la de que en la exposición como ponente al pleno de este magistrado se suscitó una -mal llamada- cuestión previa, que fue debatida, votada y rechazada. Tal cuestión suponía la aceptación sin polémica de la regularidad de la avocación, porque se proponía no un auto de incompetencia -como acaso hubiera sido más procesalmente adecuado- sino una sentencia estimatoria de la casación, en los mismos términos en que se había acordado en los tres recursos precedentes, pero cuyo fundamento fuera la sencilla y evidente constatación de la existencia de una nueva doctrina jurisprudencial y la ausencia de contradicción con otra.

Su razón de ser radicaba en la idea siguiente: que se acepte dialécticamente que el pleno está bien constituido, en lo formal, no significa que tenga razón de ser, que tenga sentido alguno para zanjar una supuesta contradicción, entre otras cosas porque, como pleno judicial que es, debe comenzar por examinar su propia competencia y, aun reconocida ésta, por definir el alcance de su actuación.

Hay que ser conscientes de que el áspero e hiperventilado tono adoptado por las sentencias de las que disiento no parece tener otro propósito, dadas las circunstancias normativas bajo las que nos encontramos, que el de reconstruir *a posteriori* una justificación posible que diera sentido al pleno convocado, tan sin sentido, lo que sólo se podría lograr -creo que infructuosamente- cargando la mano, sin piedad, contra la sección segunda, en su función de juzgar y de formar jurisprudencia, pero también, añadidamente, contra la corrección y la lealtad de sus magistrados integrantes, que se vienen a poner gratuitamente en tela de juicio a lo largo de todo el texto.



Es difícil de discutir que el daño causado con tan extraño proceder no es, en modo alguno, el intentado infligir a los destinatarios personales de las invectivas, sino el que se ocasiona al sistema jurídico en general y al Tribunal Supremo en particular, en fechas y trances particularmente inadecuados para ensayar tales intentos.

7) Era patente y fundado el temor, expresado por el ponente inicial y expuesto como un riesgo cierto -finalmente consumado en las sentencias de las que se disiente-, de que el pleno se convirtiera en una especie *sui generis* de tribunal de apelación que pudiera someter a la sección sentenciadora a revisión de su criterio, de oficio, sin pretensión ni audiencia de parte, con ausencia de todo cauce procesal y de previsión normativa. Si la mera convocatoria ya hacía ostensible ese grave peligro, el desarrollo y desenlace del pleno han demostrado tristemente su evidencia, ya que éste se ha manifestado con una claridad meridiana como superior jerárquico de la sección segunda, y no para crear jurisprudencia que dilucidase un asunto nuevo, sino para enmendar a ésta, en el curso de la resolución de una serie de recursos iguales, la mitad de ellos ya fallados, cuando no para amonestar a quienes sustentaron aquélla, incluidos quienes formularon entonces votos particulares.

Los ponentes sincronizados afirman al respecto lo siguiente: "*La convocatoria de un pleno al objeto de resolver sobre el criterio jurisprudencial que esta Sala debía adoptar en definitiva en la materia ha sido contemplada en algún caso con preocupación, por entender que equivalía, materialmente, a una suerte de recurso contra previas decisiones firmes. Sólo desde un grave desconocimiento jurídico puede calificarse así la fijación de jurisprudencia en casos de controversia jurídica por parte del pleno de una sala jurisdiccional*".

Aquí ni siquiera la impericia sería bastante para explicar la severa imputación que se realiza, singularizada en la persona de quien redacta este voto, con casi treinta y cinco años de juez, treinta en esta jurisdicción. Sólo basta con decir que ni por asomo se planteó esa preocupación por el ponente inicial, al que tan elípticamente se alude, salvo para poner de manifiesto la evidencia de un peligro potencial que ha resultado derivar en un mal cierto: que el pleno sería un órgano soberano que, a juicio de estas sentencias, puede arrebatarse a su sección natural de procedencia ( artículo 92.1, 4 y 7 de la LJCA), el enjuiciamiento de un asunto del que está regularmente conociendo para sustituir a sus miembros por la totalidad de los componentes de la Sala, en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia en que ello ocurra, con tal que el presidente decida la avocación, por demás infinita y abierta en su amplitud e intangible en su control, exenta además de toda necesidad de explicación.

Quienes sostienen tal cosa son los que imputan a este ponente, con desenvoltura, un *grave desconocimiento jurídico*.

Todo ello, además, como aquí ha sucedido, sin dar oportunidad a las partes del recurso de formular alegaciones sobre el cambio de tribunal para examinar un asunto idéntico a los ya resueltos en sentido estimatorio por la sección; o sobre la existencia de un giro radical en la jurisprudencia; o acerca de la enorme repercusión social y económica del asunto, a fin de ser oídos sobre la apreciación de tales conceptos jurídicos indeterminados, en tanto pretendidamente habilitantes del pleno.

8) De tan desafortunada avocación deriva otro efecto indeseado del pleno -en su existencia misma y en el alcance de su actuación-, conectado con el anterior: que se ha desplazado el centro de gravedad impugnatorio desde la sentencia de instancia de cuya casación se trata a las tres resueltas en casación por la sección segunda, lo que ha provocado, de hecho, de forma impropia -al menos para los que nos opusimos a la solución adoptada-, un nuevo proceso o causa general contra la doctrina establecida y, aun cabe decir más, una tacha, que no ahorra ninguna acritud posible, al proceder de los miembros de la sección que la habían formado.

La lectura de las tres sentencias permite corroborar hasta qué punto eran fundados tales anunciados temores, pues el centro de su fundamentación lo constituyen las previamente dictadas por la sección segunda, a las que conscientemente se escamotea toda debida consideración de jurisprudencia, *buena o mala*, pese a los indudables términos del artículo 93.1 LJCA.

9) Cabe recalcar que ésta fue la primera de las propuestas ofrecidas a la consideración del pleno que procuró pacificar el asunto -única conforme a la ley sustantiva, que además no se condicionaba en bloque indisociable a decisiones concomitantes o subordinadas relativas a los efectos de las sentencias-, pues se trataba de conjurar con ella el riesgo no desdeñable de que, al examinarse el fondo jurídico de los recursos de casación, se pudieran alcanzar decisiones contradictorias en el pleno jurisdiccional con las antes fijadas en la Sección Segunda, como al final ha terminado sucediendo.

A tal efecto, se hace necesario recordar que, junto a la cuestión suscitada en el debate inicial sobre la procedencia de que el pleno se pronunciase, mediante sentencia, sobre la cuestión de fondo, para enmendar al tribunal que, apenas semanas antes, había establecido criterio, se intentó otra diferente, también objeto de propuesta, que fue denominada *transaccional* (sic) y que incorporaba la aceptación de que los recursos fueran estimados, como los tres primeros, pero estableciendo en ellos, indisolublemente, un régimen de efectos a



terceros potencialmente favorecidos por tales decisiones ciertamente expropiatorio de sus derechos. Llama la atención, no la propuesta en sí, ni tampoco el resultado de su sometimiento al pleno, sino la escasa convicción que muestran quienes, en el intervalo de apenas unos minutos, votaron primero en favor de tal estimación de los recursos y, finalmente, de la desestimación de los recursos de casación.

A la vista de tales circunstancias, contrasta muy notablemente la brusquedad argumental exhibida contra las sentencias de octubre último -en tanto se defiende a capa y espada que la única solución digna, correcta y posible es la finalmente adoptada por el pleno- con la exigua firmeza de convicción revelada al votar una cosa y su rigurosamente contraria en el margen de sólo escasos minutos. Tal actitud voluble encarna, en expresión tristemente célebre, un *giro radical* de muy complicada justificación.

A continuación se expresan detalladamente, *sine ira et studio*, las ideas que se han anticipado, para fundar a través de ellas la improcedencia de que el pleno corrigiera o enmendara la labor jurisprudencial producida.

### **III. La jurisprudencia de esta Sala ha sido fijada por su Sección segunda según lo previsto, en el nuevo recurso de casación, en el artículo 93.1 y concordantes de la LJCA .**

a) *Datos relevantes de los asuntos avocados al pleno y su identidad esencial con los decididos en las sentencias firmes de 16, 22 y 23 de octubre pasado.*

10) Se trata de seis asuntos sustancialmente iguales, incluso en la identidad de las partes del litigio. Recurrió en casación, en todos ellos, la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, S.A. contra seis sentencias de la Sala de esta jurisdicción (secciones 4ª y 9ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Las partes recurridas son la Comunidad de Madrid (como Administración que liquidó el impuesto); y la Administración del Estado (pues el TEAR de Madrid, integrado en ésta, desestimó la reclamación económico-administrativa, dadas las facultades revisoras que retiene el Estado en los impuestos cedidos).

11) Tres de los seis recursos de casación, los núms. 5350/2017, 4900/2017 y 1168/2017, habían sido ya resueltos en sendas sentencias firmes de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, dictadas por la Sección Segunda, con el siguiente fallo: (se transcribe el primero, reproducido en los siguientes -subrayado de este voto-):

"...Primero. Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia.

Segundo. *Haber lugar al recurso de casación* interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Lourdes Amasio Díaz, en nombre y representación de la EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE RIVAS VACIAMADRID, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de fecha 19 de junio de 2017, dictada en el procedimiento ordinario núm. 501/2016, sobre liquidación del impuesto sobre actos jurídicos documentados de una escritura pública de formalización de préstamo hipotecario respecto de varias viviendas, sentencia que se casa y anula.

Tercero. *Estimar el recurso contencioso-administrativo* interpuesto por la representación procesal de la EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE RIVAS VACIAMADRID, S.A., contra la resolución del Tribunal Económico-Regional de Madrid de fecha 31 de mayo de 2016, que desestimó la reclamación económico-administrativa deducida frente al acuerdo de la Oficina Técnica de la Inspección de los Tributos de la Comunidad de Madrid que practicó la liquidación núm. 0020131043847 correspondiente al impuesto sobre actos jurídicos documentados, cuantía 22.566,47 euros, respecto de escritura de constitución de préstamo con garantía hipotecaria, *declarando la nulidad de tales resoluciones (de la Oficina y del TEAR) por su disconformidad con el ordenamiento jurídico.*

Cuarto. *Anular el número 2 del artículo 68 del reglamento del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 25 de mayo, por cuanto que la expresión que contiene ("cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario") es contraria a la ley.

Quinto. *Ordenar la publicación de la parte dispositiva* de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Sexto. No hacer imposición de las costas procesales, ni de las de esta casación, ni las causadas en la instancia..."

Los criterios interpretativos que fija la sentencia en su fundamento sexto son:

#### **"SEXTO. Respuesta a la segunda (y previa) cuestión interpretativa planteada en el auto de admisión.**

1. Con lo razonado en el fundamento anterior estamos en condiciones de dar respuesta a la cuestión que hemos considerado preferente de las dos que nos suscita la Sección Primera de esta Sala: *el sujeto pasivo en*



*el impuesto sobre actos jurídicos documentados cuando el documento sujeto es una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria es el acreedor hipotecario, no el prestatario.*

2. La declaración anterior debe completarse, para dar cumplimiento al auto de admisión, haciendo explícito que *tal decisión supone acoger un criterio contrario al sostenido por la jurisprudencia de esta Sala hasta la fecha y representado por las sentencias, entre otras, que hemos señalado más arriba y supone, por ello, modificar esa doctrina jurisprudencial anterior*".

12) Los otros tres recursos de casación, los abogados al pleno, eran idénticos en lo sustancial a los previamente fallados, en cuanto a los hechos, las pretensiones deducidas en la demanda y contestación, las sentencias de la Sala de instancia, los autos de admisión y los escritos de interposición y los dos de oposición.

b) *El auto de admisión del presente recurso y la necesidad prevista en él de establecer nueva doctrina jurisprudencial.*

13) Es necesario explicar que, en un primer momento, en los recursos de casación 1168/2017, 1049/2017 y 1653/2017 -tres de los seis-, se dictó providencia de inadmisión "...por carencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sin que la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 2015 (casación e infracción procesal 2658/13 ) identificada por la recurrente como infringida, tenga relevancia para apreciar el interés casacional objetivo exigido por la LJCA, puesto que fija una interpretación del artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 826/1995, de 29 de mayo (BOE de 22 de Junio), a efectos meramente prejudiciales".

Como consecuencia de respectivos incidentes de nulidad, que fueron estimados, la sección de admisión acordó, mediante sendos autos (de 27 de septiembre, 18 de octubre y 4 de diciembre de 2017) en esos tres recursos (se menciona el contenido de uno de ellos):

1º) Estimar el incidente de nulidad promovido por la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, SA, contra la providencia de 17 de mayo de 2017, que acordó la inadmisión del recurso de casación 1168/2017, que se declara nula.

2º) Admitir el recurso de casación preparado por la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, SA, contra la sentencia dictada el 17 de noviembre de 2016 por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso 194/2015.

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 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados* , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, y su desarrollo reglamentario por el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, en relación sobre el sujeto pasivo en la escritura de constitución de préstamos con garantía hipotecaria.

4º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 8, 15 y 29 del referido Texto Refundido".

14) De la lectura de la parte dispositiva de tales autos se infiere, sin dificultad de comprensión, que la sección de admisión reinterpretó el interés casacional inicialmente negado, que se reconoció por tanto concurrente, ya que se admitieron los recursos de casación y se turnaron a la sección segunda, competente para su resolución. Los tres autos fueron adoptados por unanimidad de los miembros de la sección de admisión. Obviamente, un eventual rechazo de los incidentes de nulidad y el mantenimiento de las providencias de inadmisión del recurso de casación habría supuesto la total imposibilidad de examinar la cuestión por la sección remitida.

15) Los otros tres asuntos fueron admitidos por autos, también unánimes, en términos muy parecidos a los que fundamentaron la estimación de los incidentes de nulidad. En particular, en el auto de 24 de enero de 2018, que admite a trámite el recurso de casación nº 5911/2017 -avocado al pleno y cuya ponencia fue declinada por quien suscribe este voto-, cabe que nos detengamos en dos ideas:

- La primera es que se hace referencia explícita, como uno de los fundamentos de la admisión, a la *importante transcendencia social*:

"[...] 2.1. 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 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 (BOE 20 de octubre) ["LITPAJD"], es el préstamo mismo, aunque se encuentre garantizado con hipoteca. Sin embargo, el reciente criterio contrario sentado por la Sala Primera ha abierto un



*debate doctrinal que requiere una nueva respuesta por parte de este Tribunal Supremo, máxime cuando, como pone de manifiesto la entidad recurrente en su escrito de preparación, es una materia que afecta a un gran número de situaciones y tiene una importante trascendencia social, más allá del caso objeto del proceso".*

Ello significa, sin duda, que la nueva respuesta de la sección de admisión al debate doctrinal abierto ya era consciente, en enero de 2018, de la *importante trascendencia social* del asunto, como elemento conectado con la afectación a un gran número de situaciones.

Por tanto, tal sección conocía, en los seis autos de admisión, el debate creado a raíz de la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 -que, recordemos, desestimó los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación frente a la sentencia que consideraba nulas unas cláusulas contractuales por trasladar la carga tributaria a quien no era su obligado *ex lege*-.

- La segunda idea es que el auto mencionado, en el punto 4, extrañamente acuerda "*identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 68, apartado 2, del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo*", fórmula que difiere de la empleada en los demás.

Llaman poderosamente la atención las escasas y tímidas referencias que las sentencias hacen al auto de admisión, limitadas a dejar constancia de su existencia, pero sin profundizar en su contenido y en el mandato que contiene -incluida la remisión a la sección competente para decidir, a efectos de enjuiciamiento-.

c) *Existencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo, antes de convocarse el Pleno de la Sala, sin que pueda hablarse en sentido procesal propio de contradicción entre la jurisprudencia nueva y la que, en virtud de ésta, quedó superada o sustituida.*

16) Las tres sentencias de la sección segunda -de 16, 22 y 23 de octubre de 2018-, que estimaron los recursos de casación promovidos todos ellos por la empresa municipal referida representan, en rigor, la jurisprudencia de la Sala Tercera que interpreta los artículos 8, 15 y 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto donde, a juicio de la sección de admisión, residía el interés casacional objetivo para formar jurisprudencia (en realidad fueron examinados otros más, concordantes o conexos, como el 4, 27, 28, 30 y 31 de la Ley, no citados en los autos de admisión).

17) Esas tres sentencias, interpretando los preceptos mencionados en los autos de admisión y otros de necesario análisis, y dando cauce a una de las posibilidades de decisión que, entre otras, apoderaban éstos, la de *revisar... la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 del Texto Refundido...*, resuelven la cuestión de interés casacional planteada, determinando, con revisión de la doctrina, que el recurrente no era el sujeto pasivo del impuesto sometido a controversia.

No se alcanza a comprender, a tal respecto, la innovadora idea expresada en las sentencias de que el interés casacional objetivo para formar jurisprudencia es un elemento del enjuiciamiento que adquiere vida propia y, como tal, haciendo de gadiana, aparece, desaparece y reaparece de nuevo, sin que parezca que quepa adoptar medida procesal alguna al respecto para conjurar el extraño fenómeno, en los momentos de desaparición -tal vez debido a las expectativas de resurgimiento-.

18) En suma, la noción capital de que ya había jurisprudencia del Tribunal Supremo formada sobre la cuestión litigiosa, que hacía innecesaria y perturbadora la celebración de un pleno llamado formal y principalmente a enderezarla -al menos como opción prevista *a priori*, luego materializada en las sentencias objeto de disensión-, cobra una importancia reforzada si se tiene en cuenta que las tres sentencias de la sección segunda habían sido dictadas en sendos recursos de casación regidos por la ley procesal vigente, dato cuya trascendencia desdeñan los nuevos ponentes en su fundamentación, como si no fuera determinante ese nuevo ámbito procesal de la forma de establecer doctrina cuando existiera interés casacional para la formación de jurisprudencia, como aquí sucede.

En efecto, el nuevo recurso de casación regulado en la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que en su disposición final tercera opera la [M]odificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa, ha supuesto un cambio sustancial en el diseño legal de este recurso extraordinario, que afecta no sólo al ámbito de las resoluciones recurridas o a las pretensiones que cabe encauzar en él, sino, muy esencialmente, a los fines primordiales que el nuevo sistema aspira a lograr: así, los designios de formación de jurisprudencia, la unificación de los criterios y el robustecimiento de la seguridad jurídica, lo que desplaza en buena medida el centro neurálgico de la casación desde el interés propio del recurrente en la defensa de sus derechos e intereses (*ius litigatoris*) al de la comunidad jurídica (*ius constitutionis*).



19) Bajo este esquema procesal -sucintamente aludido-, en atención a tales fines institucionales y con plena sumisión al cauce procesal diseñado en la ley para hacerlos posibles, es patente que las tres sentencias dictadas en los primeros asuntos de esta serie fueron la expresión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que actúa normalmente a través de secciones materialmente especializadas ( artículo 92 LJCA, de nuevo), como la que conoce de la materia tributaria - que no son vicarias ni delegadas del pleno, como se desliza de modo poco atinado-, decidiendo en relación con la cuestión objeto de debate, relativa a la determinación del sujeto pasivo del IAJD en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria.

20) No en vano, el artículo 93.1 de la Ley de nuestra jurisdicción -LJCA- señala que: "...1. La sentencia fijará la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Y, con arreglo a ella y a las restantes normas que fueran aplicables, resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, anulando la sentencia o auto recurrido, en todo o en parte, o confirmándolos".

21) Tal labor conferida por la LJCA al Tribunal Supremo en defensa del *ius constitutionis*, esto es, la fijación de la interpretación de las normas estatales definidas en el auto de admisión por estar necesitadas de esclarecimiento, en tanto presenta el asunto *interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia* ( artículo 88.1 LJCA) -apreciado por la sección de admisión-, es exactamente la que ha efectuado la sección segunda, lo que equivale a decir, el Tribunal Supremo a través de esa sección de su Sala Tercera.

Lo ha hecho nuestra sección de un modo abierto, formal, trazando fundadamente dos líneas argumentales: la expresión, de un lado, de las razones por las que considera desacertada la jurisprudencia anterior; de otro, examinando con detalle los preceptos de la Ley y el reglamento sobre los elementos esenciales del tributo, para llegar a la conclusión fundada de que esa jurisprudencia debía revisarse en este punto.

22) Por tanto, no se trataba en el pleno jurisdiccional, una vez convocado y constituido, de decidir si habíamos acertado o no en nuestras sentencias, puesto que el debate debía ser, notoriamente, de otra índole: como de un modo consciente y formal, encarando los términos del auto de admisión -no cabe olvidar esto-, habíamos fijado ya la interpretación de dichas normas estatales (en tres sentencias), un eventual regreso a la jurisprudencia anterior no significaría tanto enervar o desactivar nuestra doctrina, como sustituirla por una nueva, una tercera jurisprudencia, en suma: a) la que podríamos denominar primitiva, cuya última sentencia data de 2006; b) la establecida por la sección segunda en las tres sentencias de octubre de 2018; y c) la resultante de la sesión plenaria, a que se dirige el voto, coincidente en su fondo con la a).

Todo ello, en menos de un mes, y en aras de la singular concepción de la seguridad jurídica que con énfasis se invoca.

23) Es palpable que con ello se operaría, en ese breve periodo, un nuevo *giro radical* de la jurisprudencia, partiendo de que lo fuera el acometido en las sentencias de octubre último: si éstas entrañan un giro radical (porque pasan de A a Z), la misma radicalidad, lógicamente, cabría predicar de una jurisprudencia nueva, la establecida en estas sentencias, en virtud de la cual pasamos de Z a A, que es la misma trayectoria en sentido inverso, con el añadido de que con tal proceder la sección segunda se ve muy seriamente desaprobada, no tanto en el contenido de su doctrina cuanto en el núcleo mismo de su función judicial, interferida abruptamente para resolver la mitad de una serie de asuntos; y también de que el nuevo giro radical -de retorno- se produce sólo unas semanas más tarde de haberse fijado doctrina con arreglo a la ley.

24) No es secundario, en este planteamiento, insistir en por qué una decisión plenaria de *no confirmar* la jurisprudencia sentada por la sección segunda no supondría regresar a la jurisprudencia de origen, sino la aparición de una tercera jurisprudencia en un mes: porque las tres sentencias primeras anularon de pleno derecho un precepto de rango reglamentario, el artículo 68, párrafo segundo, del reglamento del impuesto - Real Decreto 828/1995, de 25 de mayo- y lo expulsaron del ordenamiento jurídico. El efecto de tal anulación, que no podía ser neutralizado, hace inviable la mera recuperación de la jurisprudencia antigua, necesitada en todo caso de la utilización de nuevos argumentos de refuerzo para sustentarla.

d) *La jurisprudencia anterior a la establecida por la sección segunda, la última de cuyas sentencias es de 2006, no es un canon válido de comparación entre doctrinas ni un factor determinante de la supuesta contradicción entre una y otra.*

25) De lo anterior deriva que, en caso de constituir el objeto del pleno, como se aceptó, un juicio comparativo entre doctrinas antagónicas, estaríamos en presencia de un sofisma, de un falso dilema. En mi opinión, es una equivocación grave la de considerar que el objetivo propio del pleno consistía en dilucidar, por comparación o cotejo, si es mejor la jurisprudencia anterior o la recién alumbrada, porque sólo había, en puridad conceptual, una doctrina, en un sentido estricto procesal, no dos: esa doctrina es la fijada en las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre pasado. La anterior había sido reemplazada por estas tres sentencias.



Sin embargo, por razones que no se han logrado exteriorizar -salvo la mera voluntad de que las cosas son lo que uno quiere que sean-, se propugna apodócticamente que sólo había una jurisprudencia, la antigua, para lo cual es preciso fraguar un argumento falaz: la de una especie de Arcadia feliz jurisprudencial que la sección segunda había creado de forma inveterada y los actuales magistrados que la componen - *ocasionalmente*, según se afirma- habría venido a subvertir.

Es justamente en este punto donde los argumentos jurídicos se vuelven anémicos, decaen por debilidad y vienen a ser reemplazados por la descalificación hiriente, comprensiva de una batería de afirmaciones que parecen poco meditadas, como que no se ha justificado el cambio de criterio jurisprudencial; o su prevalencia -de la jurisprudencia- sobre la variabilidad de la composición de los órganos judiciales (sic); o que este Pleno... no pueda asumir ni, por tanto, ratificar el cambio jurisprudencial tan *inopinado como radical* como ha sido el acometido por la Sección Segunda de esta Sala.

Vuelven aquí los reproches desmedidos a suplir la ausencia de razones, basados en una idea matriz que parece inmune a cualquier consideración o razonamiento: la doctrina histórica era mejor que la que ha venido -truncadamente- a reemplazarla, por una serie de motivos que resulta arduo pesquisar, pero que en la medida en que luzcan, se contestarán.

Baste con decir que la justificación del cambio jurisprudencial fue rigurosamente motivada, con referencia explícita a los errores advertidos en la doctrina antigua, a la confusa fórmula legal y a los fundamentos de la interpretación que se preconiza, sin que en ninguna fuente del derecho que conozcamos se subordine la validez u operatividad de la jurisprudencia al empleo de fórmulas sacramentales orientadas a indicar formalmente la causa determinante del cambio de doctrina (por lo demás, la afirmación no es prudente, por desconocedora de la trayectoria no precisamente rectilínea e indesmayable de la jurisprudencia tributaria en numerosas materias, como también se ignora minuciosamente el modo con que un criterio era habitualmente sustituido por otro de soslayo, al descuido, en el pasado).

Baste también con añadir que se nos podría acusar de todo ante este tribunal inquisitorial salvo de ser reos de modificación de la composición de la sección segunda, regida por la ley y por la decisión presidencial, a lo que puede añadirse que tras preceptuar tales limitaciones estructurales de los cambios jurisprudenciales, los ponentes podrían haber dado pautas sobre cuándo una sección alcanza el punto óptimo de composición humana adecuado para que los cambios de criterio queden autorizados o desbloqueados.

La afirmación de que la sentencia acomete un giro radical e inopinado sólo es tolerable con matices: como lo inopinado es, recordémoslo, lo que "*sucede sin haber pensado en ello, o sin esperarlo*", cabe negarlo con rotundidad, por ser injusta, también esta vez, la recriminación. Que sea radical no es factor que dependa de la voluntad, pues en este caso se presentaban dos alternativas legales perfectamente trazadas: la de optar, como sujeto pasivo, por el prestatario o por el acreedor hipotecario, *tertium non datur*. Siendo así, cualquier cambio habría de ser radical, incluso el que ahora criticamos en las sentencias del pleno.

26) Estas son, por lo demás, las reglas del juego casacional y no parece que haya que detenerse en exceso en explicarlo, por su obviedad. El cambio de línea jurisprudencial o la superación de la doctrina y su relevo por otra de signo contrario no es algo anómalo ni infrecuente, sobre todo si está razonada y fundada con argumentos que lo justifiquen. Sucede a veces en este Tribunal Supremo, en todas sus Salas de justicia, y es un signo de vitalidad del Derecho, de evolución, de actualización, incluso lo es también de rectificación. Lo contrario, el mantener *a fortiori* una doctrina debido a su duración en el tiempo o al número de las sentencias que la expresan, por ese sólo hecho, nos llevaría no a la petrificación, sino a la fosilización del Derecho. Supondría también, eventualmente, lo que es sin duda más grave, que se pueda perpetuar consciente e indefinidamente la injusticia o el error jurídico, por el mero hecho de haberse repetido.

Tal es, por lo demás, lo sucedido en estos recursos, pues la tesis jurídica que el pleno promueve es errónea, como también lo era la doctrina que invoca como acertada, a lo que luego se aludirá para responder a la cuestión de fondo.

27) Tampoco podemos aceptar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se deba mantener por una especie de inercia histórica, que es lo que los nuevos ponentes parecen adoptar como tesis. Sin embargo, nadie nos podría asegurar que hay una jurisprudencia buena y otra mala por razón de la autoridad jurídica de sus respectivos autores, por la mera antigüedad o la reiteración. Basta con decir, a este respecto, que toda sentencia -de instancia o casación, a estos efectos es lo mismo- es la respuesta fundada que los tribunales facilitan a pretensiones concretas, razonadas jurídicamente de una u otra forma. Los escritos procesales, la vista pública o la deliberación del asunto son ocasiones idóneas para recibir opiniones jurídicas, valorarlas, intercambiar impresiones o hacernos pensar y dudar.



28) Es necesario ponderar, además de todo ello, que el mero hecho de que estemos ante la articulación de un nuevo principio casacional -tratado con cierto desaire en las sentencias- apenas comenzado a rodar, nos obliga a todos a un esfuerzo de adaptación de la mentalidad, que no siempre es fácil de conseguir para todos. Basta para ilustrar tal afirmación con recordar algo elemental: bajo el esquema procesal recién instaurado, cada sentencia aspira por sí sola a formar jurisprudencia, que ya no será fruto de una lenta decantación del criterio a lo largo del tiempo; además, el nuevo esquema se funda en que el auto de admisión determina ahora decisivamente el cauce y objeto a que se ha de atener la Sala juzgadora al resolver la cuestión de interés casacional, aspectos estos del problema que examinamos que no despiertan la atención de las sentencias, pese a su carácter decisivo para comprender el cambio de paradigma, con toda certeza porque su referencia perjudicaría su tesis.

29) A propósito de las facultades de avocación al pleno de estos pleitos o recursos de casación pendientes, de que en principio están llamadas a conocer las secciones de enjuiciamiento de la Sala, es pertinente opinar fundamentadamente que:

- No hay contradicción posible que quepa salvar aquí entre dos doctrinas o criterios iguales en valor, por uno de los cuales haya que inclinarse, por lo expuesto: la sección segunda, en tres sentencias, ya formó jurisprudencia sobre los preceptos relativos a la identidad del sujeto pasivo del IAJD, sobre los que el auto de admisión le interrogaba. La mera idea de la proximidad en el tiempo de las tres sentencias como factor de negación de su valor jurisprudencial no merece el menor comentario.

- No hay tampoco riesgo de decisiones judiciales contradictorias, con las actuales reglas de reparto, entre las diferentes secciones que integran la Sala Tercera, puesto que la única de ellas que conoce de la materia tributaria es su Sección Segunda y, además, todas las sentencias han versado sobre la interpretación de normas fiscales relativas a los elementos del tributo, no de otras normas procesales o procedimentales, o a principios que pudieran afectar a las demás secciones.

*e) El Pleno de la Sala Tercera no es superior jerárquico orgánico ni procesal de las secciones de enjuiciamiento en que se agrupan sus componentes, siguiendo un criterio coherente de especialización funcional. Desde el punto de vista de los procedimientos, no estamos ante una especie de atípica o innominada apelación o alzada revisora, de oficio, de las decisiones colegiadas de las secciones.*

30) Tal posible idea de recurso devolutivo al pleno no es difícil deducirla de los términos del acuerdo del presidente que dispuso la avocación, conocidos a través de la nota informativa que se publicó al efecto el 19 de octubre pasado (punto 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".*

La palabra *confirmar*, en Derecho procesal, tiene una significación bien precisa, como concepto contrario al de *revocar*, en el ámbito de los recursos judiciales. El Diccionario de la Real Academia Española, en su primera acepción, la define como "[C]orroborar la verdad, certeza o el grado de probabilidad de algo". El Diccionario del Español Jurídico no define *confirmar* ni *revocar* como voces del Derecho procesal.

Por su parte, la palabra *avocar*, en el mismo diccionario RAE, significa: "[D]icho de una autoridad gubernativa o judicial: Atraer a sí la resolución de un asunto o causa cuya decisión correspondería a un órgano inferior". La misma definición se contiene, evocando la idea de jerarquía entre órganos, en el Diccionario del Español Jurídico.

Ambos términos, pues, sugieren -aunque no lo sea en un sentido riguroso, nunca empleado, pese a los términos de ridiculización utilizados para desacreditar la idea-, la contingencia de que el pleno se pudiera erigir en un órgano supraordenado a una de sus secciones, que ya ha resuelto en Derecho, con el objetivo de rectificar su criterio establecido en sentencias firmes, con ocasión de conocer asuntos sustancialmente iguales a aquéllos. Y esto se parece mucho a una apelación en sus efectos.

La lectura de las arborescentes sentencias ratifican que lo reflejado en ellas es, exactamente, la materialización de ese peligro repetidamente advertido, aunque bien pudiera ser matizado lo sucedido teniendo en cuenta que lo que estaría sujeto a esa especie de apelación no es la sentencia de instancia ni, como desorientadamente se sostiene, las sentencias ya dictadas. Antes bien, se somete a juicio aprobatorio o reprobatorio la doctrina creada, la función judicial propia llevada a cabo por la sección segunda para establecerla y, por extensión, los miembros que la ejercen.

31) En cualquier caso, en la convocatoria del pleno que ha decidido no confirmar la jurisprudencia de la sección segunda, y en la nota de prensa que la exteriorizó, la previsión de *confirmar* comprendía explícitamente su posibilidad contraria, la de *no confirmar* ese giro jurisprudencial. Dicho en otros términos, si el pleno



tiene potestad para ratificar la doctrina de una de sus secciones de enjuiciamiento o, instrumentalmente, de mantener la latencia de esa doctrina antes de que sea refrendada, también la tendría, lógicamente, para decidir lo contrario, esto es, para enmendar o rectificar la doctrina, sustituyéndola por otra, pues ambas alternativas son posibles y como tales las previó la convocatoria. Tan es así que el pleno ha resuelto en este último sentido, dejando sin efecto la doctrina creada.

32) De tal propósito confesado, como característico definidor del objetivo del pleno surgen algunas dudas conceptuales:

- Si la jurisprudencia surgida de las sentencias firmes procedentes de las secciones de esta Sala está sujeta a ratificación, refrendo o confirmación, esto es, si hasta que el pleno -si es convocado- se pronuncie, queda sometida a una especie de condición suspensiva y no despliega sus efectos legales propios para los órganos judiciales de instancia, para la Administración (puesto que, bajo tal criterio, se defiere al pleno la decisión final de la doctrina definitiva); o para los notarios o registradores, cuya intervención es importante en el acaecimiento del hecho imponible.

- En consonancia con la duda anterior, si los tribunales de instancia, en los señalamientos para sentencia comprendidos entre la publicación de las tres sentencias pronunciadas y la publicación de las tres resueltas ahora por el pleno, podían y debían decidir sus litigios en atención a la jurisprudencia vigente - anulando liquidaciones que considerasen obligado tributario al prestatario, como sujeto pasivo del IAJD- o debían esperar al cumplimiento de esa hipotética condición suspensiva.

33) De ser cierta esa idea de que la doctrina se somete -siempre que el asunto se avoque al pleno, bien o mal- a pendencia o confirmación, los recursos de casación ahora fallados habrían desplazado el objeto de su enjuiciamiento natural, que ya no serían las tres sentencias cuya casación pretendió la parte recurrente ( artículo 86 LJCA), sino la doctrina establecida por la sección 2ª de esta Sala, única a la que se presta atención en las sentencias a las que muestro mi desacuerdo.

34) En suma, una de las hipótesis que, alternativamente, podía acoger la decisión de los recursos avocados al pleno -materializada ahora en las sentencias de las que se disiente en este voto- es la de *no confirmar* el giro radical jurisprudencial.

Siendo ello así, el resultado final de la serie de seis recursos entablados ante este Tribunal Supremo es el siguiente: a) los tres primeros recursos, fallados en sentencias firmes hace unas semanas, estimaron la casación y anularon las sentencias y los actos de liquidación y revisión impugnados en el proceso; b) por el contrario, en los tres avocados al Pleno, el mismo recurrente en casación obtiene una sentencia adversa, para la misma promoción de viviendas y con identidad en los autos de admisión y en las pretensiones. Esto es, se desestiman los recursos de casación y se confirman las sentencias de instancia, con fijación de una nueva jurisprudencia que declararía, de acuerdo con el TSJ de Madrid, que el sujeto pasivo es el prestatario.

Todo ello, de nuevo, en nombre de la seguridad jurídica tan profusamente nombrada en las sentencias, a las que no parece hacer mella la constatación de esta realidad.

35) En mi opinión, expresada en la ponencia, las posibilidades de pronunciamiento a que se abrió el pleno, entre otras la de corregir lo declarado por una de las secciones de la Sala, configura a dicho órgano colegiado, por razón de la avocación -aun dicho en un sentido puramente material y no técnico procesal-, como una especie atípica, no reglada y no regulada de tribunal de apelación que, además, actúa de oficio y al margen de las partes, aun cuando sólo lo fuera porque se trata de un órgano diferente, integrado por todos los miembros de la Sala, al que se encomienda la tarea superior, casi sacral -si atendemos los imperiosos términos de las sentencias-, de enjuiciar una jurisprudencia, con miras a su eventual mantenimiento o corrección. El temor anunciado se ha concretado, finalmente, en la consumación de tal posibilidad, pues la doctrina ha sido enmendada por las decisiones plenarias.

36) Se pretende contradecir tal esquema recordando casos o situaciones anteriores en que el pleno acometió el examen de recursos en que estaba en juego el mantenimiento o rectificación de una doctrina previamente adoptada por una sección -aunque los ejemplos son dispares para probar lo que se quiere-. Las sentencias, pues, citan coincidentemente asuntos al respecto que vienen al caso unos más que otros. Sucede, sin embargo, que entre los precedentes y los asuntos de hoy hay alguna diferencia decisiva: aquí hemos sido convocados, *avocados* para valorar una doctrina jurisprudencial ya dada, en la nueva casación, en tanto el pleno se constituye con el designio formal de *confirmarla o no*. Ello lleva a la necesaria conclusión de que sus esforzadas sesiones han supuesto *de facto* un proceso o causa general contra las tres sentencias de octubre de 2018, cuando no una gratuita e inclemente valoración de la actividad judicial que condujo a ellas.

Tampoco hay ejemplo alguno que se pueda invocar, menos aún en la nueva casación, en que el pleno haya decidido resolver unos asuntos idénticos a otros anteriores ya fallados, en sentido contrario, para desactivar



la doctrina contenida en los primeros y así disociar la respuesta dada en unos y otros, pertenecientes a un bloque o serie. No hay precedentes remotamente semejantes a los del asunto.

f) *El acuerdo del Presidente de la Sala de 25 de abril de 2018.*

37) No es en modo alguno de escasa importancia la referencia al *modus operandi* con que, interna, pero no secretamente, funciona la gestión procesal de la Sala Tercera. Así, el 25 de abril de este año los magistrados recibimos del Sr. Presidente de la Sala un "Acuerdo sobre la tramitación de series de recursos de casación similares una vez que hay sentencia testigo".

En dicho acuerdo se establecen unas pautas de actuación "cuando exista una serie de recursos de casación relativos a una misma cuestión -y tras la tramitación de uno o varios de ellos, según el prudente criterio de la correspondiente sección sentenciadora-", ordenando proceder del siguiente modo, según la sentencia testigo fuera desestimatoria (punto primero) o estimatoria (punto segundo).

38) En ese punto segundo se ofrecen unos criterios para la agilización y el tratamiento o gestión abreviada de asuntos iguales o similares, con estos pasos:

- *Suspensión del trámite de admisión* en espera de decisión del recurso testigo.
- Ofrecimiento de *interposición abreviada*, limitada a indicar que la pretensión coincide con la que resultó estimada en la sentencia o presenta alguna peculiaridad.
- Mismo traslado al *recurrido a fin de constatar la identidad de pretensiones*.
- Dictado de sentencia "[...] muy breve, limitándose a reenviar a la sentencia o sentencias testigo; y ello tanto a efectos de motivar la anulación de la sentencia impugnada, como para reiterar la doctrina ya fijada sobre la cuestión que presenta interés casacional".

39) Con posterioridad se aprobó un protocolo de actuación, enviado por el Gabinete Técnico por indicación del Sr. Presidente de la Sala, que pone en práctica el mencionado acuerdo de 25 de abril, con un gran nivel de detalle, en relación, precisamente, con el tratamiento de *las sentencias estimatorias*.

El encomiable propósito de tales criterios es el de agilizar la tramitación procesal de los asuntos iguales; establecer alertas para asegurar su tratamiento uniforme; y, finalmente, el más importante, el de que se logre el respeto a la unidad de criterio.

Aunque se trate de actos gubernativos, de protocolos o de *modus operandi* internos, el sistema funcional creado con ellos se inspira en la idea, proyectada sobre la gestión procesal, de que los asuntos iguales o semejantes -los aquí concernidos son idénticos incluso en las partes- reciban con rapidez y eficacia una respuesta común, *incluso motivando in aliunde las sentencias inspiradas en la de cabecera*.

40) Lógicamente, no es concebible en ese esquema funcional que, en trance de *la resolución por sentencia de una serie de asuntos iguales*, los pendientes de decisión reciban una respuesta judicial que no fuera la de su previsible ratificación abreviada, en el seno de la propia sección juzgadora. No en vano, en otras circunstancias, los recursos aquí avocados al pleno y luego resueltos, bajo el patrón de tales protocolos no habrían sido admitidos y, una vez fallado el primero de la serie, se impulsaría para ellos la tramitación sucinta y sintética referida y el fallo por reproducción del primero. En cambio, la avocación al pleno de estos tres recursos, su examen de fondo y la solución desestimatoria alcanzada han supuesto, finalmente, no sólo la fragmentación de una serie de recursos idénticos, sino que se haya alcanzado para unos y otros soluciones antagónicas y, por ello, muy difíciles de comprender, no ya para los ciudadanos en general, sino para los estudiosos del Derecho y, singularmente, para jueces y magistrados.

Cabe preguntarse si con este precedente se va a inaugurar una nueva época en el funcionamiento de la Sala Tercera donde las avocaciones al pleno proliferen siempre que exista el riesgo de cambio jurisprudencial o se advierta una trascendencia social o económica que no se sabe si proviene del asunto mismo, de la estimación del asunto o del mero ruido exterior.

**IV. En cuanto al fondo del asunto, procede mantener la jurisprudencia establecida en la Sección segunda, conforme a lo previsto para el nuevo recurso de casación en el artículo 93.1 y concordantes de la LJCA .**

a) *Necesidad de revisar la jurisprudencia anterior.*

41) Debe formularse una precisión imprescindible, dada la aprobación, posterior al anuncio del fallo pero anterior a la redacción de las sentencias, del Real Decreto-Ley 17/2018, a que antes se hizo referencia, en que se aclara, en interpretación auténtica, quién es el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados, en un segundo párrafo que se introduce en el artículo 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto, conforme al cual: "Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará



*sujeto pasivo al prestamista*". Dicha norma entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, por disposición expresa.

El cambio normativo no sólo zanja la cuestión, mediante la incorporación al Texto Refundido de la interpretación aquí debatida, decantándose por declarar que el sujeto pasivo, extraído de la fórmula contenida en el primer párrafo del precepto (único en la versión precedente) -que no se modifica- es el prestamista, sino que hace particularmente inoportuna la insistencia con que las sentencias tratan de decir lo contrario, habida cuenta que la norma legal respalda llanamente nuestra posición.

Bien podría considerarse, en tal caso, que las recriminaciones que tan copiosa como acerbamente se prodigan a la hora de sostener la bondad incuestionable de la doctrina antigua de la Sección Segunda -y, paralelamente, el error de la jurisprudencia plasmada en las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018-, van dirigidas ahora, de modo deliberado, contra la norma con rango legal con que el Gobierno, haciendo uso de la potestad que le reconoce el artículo 86.1 de la Constitución, ha respaldado ésta.

42) Sentado esto, no cabe acoger la impresión, un tanto impremeditada, de que el criterio anterior de la sección segunda sobre el sujeto pasivo del IAJD en las escrituras notariales de préstamo hipotecario, no sólo era constante y reiterado -con expresiones recientes-, sino que su revisión, aun formalmente autorizada en el auto de admisión, que con pudor se oculta, supone poco menos que un atropello a la razón.

43) A ese respecto, se puede facilitar un dato incontestable: la última sentencia que aborda ese tema del sujeto pasivo del impuesto data de 2006. Son muy escasos, en general, los pronunciamientos sobre la cuestión, por una razón evidente: la exigencia de un mínimo de cuantía del asunto -cifrada en 600.000 euros-, los dejaba fuera, sistemáticamente, del control casacional. Piénsese, por ejemplo, que el tipo de gravamen, para la parte variable de la cuota, oscila entre el 0,5 y el 1,5 % de la base imponible, según cada comunidad autónoma cesionaria, equivalente a la cantidad en que se cifra la responsabilidad del deudor hipotecario en caso de ejecución.

Como, según reiterada jurisprudencia, era la cuota tributaria la que determinaba la cuantía casacional ( artículos 41 a 43 LJCA), se precisaba una base imponible entre 40 y 120 millones de euros para arrojar una cuota -aplicando el tipo-, que superase el umbral del artículo 86.2.b) LJCA, elevado a 600.000 euros en la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. Ni una sola sentencia hay, por tanto, sobre la materia, desde esa última fijación de la *summa gravaminis*.

44) Es ahora, con el nuevo recurso de casación, cuando los asuntos pueden acceder a la fiscalización casacional al margen de su cuantía litigiosa, como es el caso. En esta serie de asuntos idénticos, con el propósito explícito, en los autos de admisión, de *aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 del Texto Refundido*. Esta consideración, enojosa para los artífices de las sentencias, que pasan por ella con disimulo, habilitaba, sin límites sustantivos, para interpretar el indicado precepto, en relación con los artículos 8 y 15 del TR. Si el designio de los autos unánimes era el de *revisar, pero no tanto*, bien podrían haberlo sostenido razonadamente en tales resoluciones.

b) Breve referencia a la alusión de que cuatro de los magistrados que hemos firmado las sentencias de octubre de 2018 habríamos dicho cosa contraria, contradiciéndonos (los Sres. Nicolás Maurandi Guillén, Ángel Agualló Avilés, Francisco José Navarro Sanchís y Jesús Cudero Blas).

45) Las sentencias utilizan, para enfatizar, consideramos que sin éxito, el error que se dice cometido por la sección segunda, un argumento que nos parece impropio del Tribunal Supremo, por su endeblez jurídica y por su intención falaz: la de que unos meses antes habíamos declarado lo contrario.

Inquieta observar argumentos de esta clase en una sentencia del Pleno de la Sala Tercera. Como la referida sentencia de 22 de noviembre de 2017 inadmitió un recurso de casación para unificación de doctrina, el nº 3142/2016 (ponente Sr. Ángel Agualló Avilés) por falta de identidad entre la situación de la sentencia impugnada y los hechos que sustentaron la doctrina invocada, no puede hablarse de fallos contradictorios ni de declaración explícita por nuestra parte de la doctrina preexistente, conforme a las reglas comúnmente conocidas y aceptadas del extinto recurso de casación para la unificación de doctrina. Sobran las palabras al respecto.

c) *Algunas consideraciones generales sobre el impuesto que examinamos.*

46) Estamos ante un impuesto estatal, cedido a las Comunidades Autónomas. La cesión se rige por la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

No se ceden los impuestos, sino determinadas facultades inherentes a ellos. El artículo 49, sobre *alcance de las competencias normativas en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*,



precisa que: "1. En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre: a) *Tipos de gravamen...* En relación con la modalidad "Actos Jurídicos Documentados", las Comunidades Autónomas podrán regular el tipo de gravamen de los documentos notariales". El tipo en la Comunidad de Madrid, Administración que liquidó el impuesto recurrido en el proceso de instancia es el 0,5 por 100.

47) La ley disciplina de modo común las tres figuras impositivas que regula como si fueran manifestaciones de un solo impuesto:

*Artículo 1. El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es un tributo de naturaleza indirecta que, en los términos establecidos en los artículos siguientes, gravará:*

*1.º Las transmisiones patrimoniales onerosas.*

*2.º Las operaciones societarias.*

*3.º Los actos jurídicos documentados.*

*2. En ningún caso, un mismo acto podrá ser liquidado por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas y por el de operaciones societarias.*

48) Según general apreciación doctrinal, estamos sin embargo ante tres impuestos diferentes: transmisiones patrimoniales onerosas -ITP-, operaciones societarias y actos jurídicos documentados -AJD-.

La ley establece una regulación común en su título preliminar (artículos 1 a 6); una regulación específica para cada uno de los tres impuestos (artículos 7 a 44, repartidos entre los Títulos I, II y III, dedicados a cada uno en particular); y unas disposiciones comunes (artículos 45 a 58), más las disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales.

49) Es esencial esa sistemática legal para verificar que, salvo las disposiciones generales o comunes, los tres impuestos tienen un régimen definido separadamente sobre el hecho imponible, el sujeto pasivo, la base imponible y el tipo de gravamen.

50) En particular, el hecho imponible y los demás elementos esenciales del IAJD que examinamos no pueden ser interpretados acudiendo analógicamente a la regulación contenida específicamente para otro impuesto, el ITP, porque se trata de figuras impositivas distintas y autónomas entre sí y, lo que más importa, gravan manifestaciones de la capacidad económica diferentes en uno y otro caso. Esto resulta fundamental, de modo que si es objeto de duda por los redactores de la sentencia, habría debido ser explicado suficientemente.

51) Nada autoriza dogmáticamente, ni en el texto de la ley, ni en la doctrina científica, a concluir que la regulación del ITP sea subsidiaria, supletoria o pueda usarse como pauta interpretativa de las disposiciones que regulan el IAJD. Ninguno de los tres impuestos es prevalente, troncal o básico respecto de los otros dos. Por lo demás, aun cuando aceptáramos dialécticamente la posibilidad de esa aplicación subsidiaria, harían falta dos condiciones conjuntas, que aquí faltan: la habilitación normativa y -esto es elemental- la existencia de una laguna o déficit de regulación que hiciera posible o conveniente esa integración.

52) No es difícil alcanzar la conclusión de que la definición en el artículo 29 del TR del sujeto pasivo, en relación con el hecho imponible (artículos 27 y 28) no es un modelo de claridad y rigor jurídico. Este punto parece haberse salvado de la discordia general. La ley es muy defectuosa a la hora de definir el hecho imponible y también el sujeto pasivo.

53) La concreción del primero es muy problemática en su concepción legal, y no tanto por la descripción del hecho que da lugar a la imposición, sino por la capacidad económica que resulta objeto de gravamen, difícil de conectar con tal hecho y, además, por el deslinde, remitido al artículo 31 -sobre la cuota- de qué escrituras notariales, en función del acto o contrato que en ellas se documente, dan lugar al devengo del impuesto en su modalidad variable.

54) Según el artículo 27 TR: "1. Se sujetan a gravamen, en los términos que se previenen en los artículos siguientes:

a) *Los documentos notariales.*

b) *Los documentos mercantiles.*

c) *Los documentos administrativos.*

*2. El tributo se satisfará mediante cuotas variables o fijas, atendiendo a que el documento que se formalice, otorgue o expida, tenga o no por objeto cantidad o cosa valuable en algún momento de su vigencia.*

*3. Los documentos notariales se extenderán necesariamente en papel timbrado".*

Para los documentos notariales, el hecho imponible lo prevé el artículo

28 TR:

*"Están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, en los términos que establece el artículo 31".*

Como el artículo 31 es el que regula la cuota tributaria, la técnica normativa empleada es bastante defectuosa, pues el hecho imponible -la escritura pública- se interpreta, de forma insólita, en función de la base imponible y ésta, a su vez, en función de la cuota.

El tono hiriente de las tres sentencias a propósito del razonamiento de nuestra doctrina, inspirado en la intrincada exégesis del sujeto pasivo a través de la definición de la base imponible y de la cuota, se adopta sin comprender que tales operaciones interpretativas son tan atípicas y desusadas como forzosamente reclamadas por las imprecisiones notables en que incurre la ley fiscal.

55) La diferencia esencial o particularidad de este impuesto es que somete a gravamen *el acto documentado o el documento*, no se sabe bien, pero no el negocio celebrado y documentado en la escritura, aunque éste sirva para cuantificar la base.

El artículo 31 TR contiene una doble determinación o tramo de la cuota: una parte fija, que se satisface mediante efectos timbrados -el papel notarial-, que no hace acepción o distingo entre unos documentos notariales y otros, por razón de su clase o el contenido del acto documentado. En cambio, la parte variable sólo se aplica a algunos documentos notariales, no todos, que protocolizan ciertos actos o negocios, los definidos en el artículo 31.2 TR.

56) Respecto de la parte fija de la cuota que impone el artículo 31.1, resulta problemático -y superfluo- hablar de unidad o separación negocial, pues lo que se grava es el documento notarial mismo en que tales negocios se extienden. Incluso es discutible que esta parte fija del impuesto no constituya, en realidad, más una tasa que un impuesto, dado que parece atender más al principio retributivo de un servicio público prestado que al principio contributivo propio de los impuestos, basado en la capacidad económica, de muy lábil aparición en estos casos.

57) En cuanto a la parte variable, la que en este asunto nos ocupa, se regula en el artículo 31.2 -es de precisar que es un precepto al que reenvía el artículo 28 a la hora de delimitar el hecho imponible-:

*"2. Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad [...] no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley, tributarán, además, al tipo de gravamen que, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001... haya sido aprobado por la Comunidad Autónoma.*

*Si la Comunidad Autónoma no hubiese aprobado el tipo a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará el 0,50 por 100, en cuanto a tales actos o contratos".*

Para someter a gravamen, por la parte variable, las primeras copias de escrituras y actas notariales, se precisan, pues, estos tres requisitos, conjuntamente:

- Que tengan por objeto cantidad o cosa valuable (que servirá de base imponible).
- Que contengan actos o contratos inscribibles en los registros públicos que el precepto cita, entre otros, el de la Propiedad.
- Que no estén sujetos al ITP o al IOS (artículos 1, 1 y 2 TR).

En consecuencia, parece sencillo de comprender que no es lo mismo el hecho imponible en ITP que en AJD.

58) Sobre el sujeto pasivo, es preciso significar que, en su artículo 29, el TR lo determina de un modo abstracto o general: es decir, no identifica este concreto y singular negocio complejo del préstamo con garantía hipotecaria, ni indica con claridad cuál de sus protagonistas contractuales debe satisfacer el impuesto, sino que contiene una regla general aplicable a cualesquiera actos o contratos gravables.

59) En ese modo indefinido de determinar el sujeto pasivo -especialmente inextricable cuando impone primero la averiguación de la figura del adquirente en toda clase de negocios, que según su naturaleza será más nítida o más borrosa- no es complicado apreciar, si se presta atención, que hay un notable déficit de tipificación, o de claridad en la tipificación, del sujeto pasivo, en tanto elemento esencial del tributo, sometido al principio de reserva de ley ( artículo 8 LGT) en el ámbito del principio de legalidad tributaria ( artículo 31.3 y sus concordantes de la Constitución).



60) Como luego veremos, la asignación al prestatario de la condición de sujeto pasivo no surge de una declaración clara e inequívoca de la ley -habría sido conveniente que el legislador hubiera abordado de forma expresa, como lo ha hecho en la norma de rango legal del Ejecutivo recientemente aprobada, la identidad del sujeto pasivo en este concreto y singular negocio-, sino que exige, por el contrario, al intérprete una tarea de exégesis ciertamente elaborada.

61) En tal tesitura, ni el reglamento podía establecer *ex novo*, por su propia potestad un elemento esencial del tributo, el sujeto pasivo en esta singular clase de negocios complejos -el préstamo con garantía hipotecaria-, ni cabía interpretar la ley en función del reglamento, que era uno de los desaciertos de la jurisprudencia anterior que hemos revisado, sin que tal modo de proceder dialécticamente haya merecido comentario de clase alguna en las sentencias de las que disiento.

d) *Para sustentar la necesidad de mantener la jurisprudencia establecida en las tres sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, voy a referirme a los argumentos de la primera de ellas, que puede considerarse, de acuerdo con los protocolos aludidos para las series de recursos iguales, como sentencia testigo o de cabecera, la nº 1505/2018, de 16 de octubre, pronunciada en el recurso de casación nº 5350/2017.*

62) La sentencia citada, de la sección segunda, analiza los argumentos sustentadores de la vieja jurisprudencia, que reputamos errónea por razones que no han sido debidamente objetadas en las sentencias del pleno. La tesis que, con respeto, consideramos equivocada -y lo seguimos considerando- puede resumirse así:

63) En los *negocios complejos*, esto es, en aquéllos en que varias convenciones se documenten en un mismo acto -como puede serlo el préstamo con garantía de hipoteca-, hay una previsión general en el artículo 4 del TR (es de aclarar que este artículo se encuentra en el título preliminar y afecta a las tres modalidades fiscales (ITP, OS y AJD), que señala lo siguiente:

*"...A una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho, pero cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas, salvo en los casos en que se determine expresamente otra cosa..."*.

Como sí hay en este caso previsión específica, habrá de estarse a ella, esto es, estamos ante un caso en que se determina expresamente otra cosa, en la ley.

64) En efecto, el acto jurídico que observamos es claramente complejo, pues en aquella *unidad tributaria* se incluye un contrato traslativo del dominio (el préstamo de dinero o mutuo, en el que el prestatario adquiere la propiedad de la cosa prestada y ha de devolver otra de la misma especie y calidad) y un negocio jurídico accesorio, de garantía y de constitución registral (la hipoteca), que crea un derecho real que adquiere el acreedor hipotecario. Con esta calificación de negocio complejo estamos plenamente de acuerdo, como se deduce de la somera lectura de nuestras sentencias.

Contra lo que con desenfado y precipitación se dice en las comentadas, en nuestra jurisprudencia -no deja de serlo porque no agraden sus conclusiones- no se fragmenta el negocio jurídico ni se deja de considerar como un complejo negocial. De haber entendido tal cosa, sin duda habríamos tenido en cuenta el antes citado artículo 4 del TR, según el cual *"...cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas..."*. Es decir, la consecuencia necesaria de la aplicación del artículo 29 TR, que no se rechazó en nuestras sentencias, parte de la idea de que estamos en presencia de un negocio complejo.

65) El criterio de la jurisprudencia anterior era el de considerar la unidad del hecho imponible, con consiguiente unidad de gravamen, con fundamento en los artículos 8.d) y 15 del TR. Ambos preceptos, conforme a lo que se ha dicho más arriba, se encuentran dentro de la regulación propia del ITP, no en las disposiciones comunes a los tres tributos.

El error de aplicar la normativa de un impuesto a los elementos esenciales de otro -como el sujeto pasivo- sólo por razón de colindancia, es craso e infundado, por más empeño que las sentencias plenarios pongan en negar la realidad, a partir de argumentos circulares e incursos en reiteradas peticiones de principio, como aquél que moteja de equivocada nuestra doctrina -insistentemente rebajada a rango inferior de *sentencias discrepantes*-, justo porque se separa de la anterior, como si ésta estuviera investida de una congénita infalibilidad, inexplicable por lo demás en su origen y persistencia, que no pudiera ser objeto de revisión, por una sección de esta Sala, en el ejercicio en casación de la potestad jurisdiccional, cuando el auto de admisión, además, le llamaba a tal labor.

Esto es, las sentencias vienen con ello, inadvertidamente, a censurar los términos unánimes de los autos de admisión, suscritos por el Presidente de la Sala Tercera y los demás miembros de la Sección de admisión,



que apoderaban a la sección segunda, entre otras alternativas que podían ponderarse, a revisar la doctrina precedente, sin que en tales autos se exprese límite, condición o reserva respecto de la amplitud con que tal revisión podía ser llevada a cabo para formar jurisprudencia (no otra cosa hizo la sección segunda que interpretar con rigor y fundamento los artículos 8, 15 y 29 TR, para alcanzar una conclusión distinta a la anteriormente establecida).

66) Expliquémoslo, que no es complicado.

Según el artículo 8 TR (nuevamente ha de insistirse en que el precepto se ubica sistemáticamente en la regulación del ITP): *"...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...*
- 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..."*.

Es verdad que la letra d) señala explícitamente al prestatario como contribuyente en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, pero:

- Se trata de una previsión propia de ITP, en que se gravan, en su artículo 7:

*"... B) La constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas, salvo cuando estas últimas tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias o inmuebles o instalaciones en puertos y en aeropuertos.*

- No sirve para identificar al sujeto pasivo en caso de negocios complejos, pues de gravarse como unidad negocial, habría que tomar en consideración también la letra c) que, en aparente contradicción con la d), dice que:

- c) *En la constitución de derechos reales, aquél a cuyo favor se realice este acto.*
- e) *En la constitución de fianzas, el acreedor afianzado.*

67) El precepto esencial en que la jurisprudencia precedente, fervorosamente ensalzada en las sentencias del pleno de las que difiero, hace descansar el gravamen al prestatario es el artículo 15 TR, a cuyo tenor:

*Artículo 15.*

*"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..."*.

Como hemos señalado, el artículo 15 se encuentra dentro del título I, que regula el ITP. Se trata, pues, de una previsión reservada *al impuesto de transmisiones patrimoniales*, en que se grava la manifestación indirecta de capacidad económica puesta de relieve al adquirir un bien o derecho, lo que no sucede en la figura del IAJD, que grava la escritura notarial. Este es uno de los desaciertos principales de la jurisprudencia tradicional: la aplicación de un precepto a otro impuesto diferente, el IAJD, en el que resulta arduo identificar una auténtica expresión de capacidad económica, a menos que se confunda el instrumento notarial con el negocio documentado en él, errata comprensible en los legos en Derecho pero más difícil de justificar en la doctrina del Tribunal Supremo.

En suma, la tesis antigua se fundamenta en una interpretación que es perfectamente válida en sede de ITP, para una hipoteca en garantía de un préstamo:

- Es un negocio complejo.
- En los negocios complejos ha de estarse al principal de ellos.
- En el préstamo con garantía de hipoteca, el negocio principal es el préstamo, tanto por mandato legal, cuanto porque la hipoteca es accesoria, como derecho real de garantía que es, del préstamo, para cuyo aseguramiento se constituye.

68) Se remata el hilo argumental de la doctrina anterior con la consideración de que el artículo 68 del Reglamento -el que la sección segunda ha anulado en su segundo párrafo- es conforme a la ley, sin incurrir en *ultra vires*, porque se limita a hacer explícito lo que se deduce de forma velada o confusa del artículo 29 TR:

*"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"*.



Sin embargo, con tal argumento se hace supuesto de la cuestión, es decir, se da por demostrado lo que se trataba en esa jurisprudencia de demostrar, pues la validez del reglamento se hace depender de la interpretación *pro legem* que se efectúa del artículo 68 citado. Es más, la dicción del reglamento sirvió para interpretar que la ley, en su artículo 15 TR, señala al prestatario como sujeto pasivo. Tal aseveración, por reiterada, antigua y venerable que fuera o pareciera, no podía ser compartida.

e) *La tesis de nuestra sentencia nº 1505/2018, de 16 de octubre último.*

69) El fundamento quinto de la sentencia alude a la necesidad de modificar la jurisprudencia anterior, la fijada en las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 en cuanto al sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria.

La sección segunda considera que el sujeto pasivo, en este caso, es el acreedor hipotecario, porque una interpretación del confuso artículo 29 TR nos lleva a considerar que es aquél en cuyo interés se otorga en instrumento público el préstamo que ha concedido y la hipoteca constituida en garantía de su devolución.

70) Es cierto que la interpretación que patrocinamos, sustentada en abundantes razones de peso, puede no ser compartida si -el respeto se debería presuponer en cualquier juez, en todo caso- se hubieran traído a colación, para rebatirla, razones jurídicas tributarias suficientes a tal fin, no limitadas a descansar una y otra vez en el predominio de la tradicional jurisprudencia por el solo hecho de existir como tal o por la veneración que merecen sus sentencias como signo de una verdad inmutable e intangible.

El Derecho, sin embargo, es otra cosa distinta. Tanto empeño en resaltar el poder soberano del pleno como órgano judicial supremo de la Sala que puede, a todo trance, contradecir en cualquier momento la doctrina ya establecida de las secciones inferiores a aquél en rango -en la tesis de las sentencias-, queda desleído al tropezar con el escollo dialéctico de que, así las cosas, ni siquiera el pleno podría haber corregido esa jurisprudencia, dados los atributos que hiperbólicamente se le asignan.

71) Los razonamientos que sustentan nuestro criterio descansan esencialmente en tres consideraciones: (a) el requisito de la inscribibilidad, (b) la configuración legal de la base imponible y (c) el tenor literal del artículo 29 de la ley del impuesto.

Debemos decir primero que las sentencias de las que se discrepa no han razonado, bien ni mal, sobre los eventuales errores de juicio en que hayamos incurrido en nuestra decisión. Vale aquí, en su máxima expresión, lo que se ha afirmado al inicio en cuanto a que los excesos verbales sustituyen siempre al argumento, de manera que la variada utilización de adjetivos y expresiones de mofa o descrédito, además de la tristeza que producen a quienes lean las sentencias al verlas utilizadas en ellas -sean miembros de la carrera judicial, profesionales del derecho o ciudadanos que confían en las instituciones-, son un síntoma cierto e inequívoco de que las razones para derrumbar nuestra jurisprudencia, pese a la energía desplegada, se buscan y no se encuentran.

72) Nuestra sentencia rechaza la alegación -defendida por las dos Administraciones recurridas en casación y presente en la sentencia impugnada- según la cual la ley (artículos 8 y 15) establece expresamente que el sujeto pasivo es el prestatario. No es cierto que lo hagan.

73) No se sigue tal afirmación, desde luego, del artículo 8 TR pues, ciertamente, señala su apartado d) que en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza es obligado al pago *el prestatario*; pero afirma también, en el apartado c), que tal obligado lo será, *en la constitución de derechos reales*, *aquel a cuyo favor se realice este acto*, condición que ostenta el acreedor hipotecario, como la ostenta también el *acreedor afianzado* en la constitución de fianza, referida en el apartado e) del mismo artículo 8.

74) Pero tampoco se desprende aquella conclusión del artículo 15 del TR, según el cual *"la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo"*. Ello es así por dos razones:

La primera, ya advertida, porque el precepto está incluido en el Título I de la ley, referido tan solo al impuesto sobre transmisiones patrimoniales, y no en el Título Preliminar, sobre disposiciones comunes a las tres modalidades que la ley contempla.

La segunda, de mayor fuerza dialéctica aún porque, de haber sido tal la voluntad del legislador, lo habría sin duda plasmado en una norma aplicable a la modalidad de AJD, ya que el artículo 29 bien pudo aclarar -como hizo el artículo 15 respecto de ITP- quién es el sujeto pasivo en un negocio complejo que la ley concreta en ese precepto aclaratorio (el artículo 15) para una modalidad tributaria distinta.

75) Habría bastado una mención equivalente y explícita en el artículo 29, semejante a la contenida en el artículo 15 (para ITP) y en el artículo 68 del reglamento para aclarar, despejando las dudas, que el sujeto pasivo en las



escrituras en que se documenten estos actos es el prestatario. Y no habría duda de que el legislador puede contener tal previsión, desde el punto de vista constitucional y, en particular, desde el ángulo del principio de capacidad económica, pues el Tribunal Constitucional da amplia libertad de configuración al legislador en este extremo. No en vano, la capacidad económica es un principio constitucional de conformación legal y tanto serviría para gravar al acreedor como al prestatario, siempre que su previsión fuera cierta.

76) En este punto, es notable el sofisma que las sentencias desprenden en relación con la capacidad económica y con los autos del Tribunal Constitucional que inadmitieron las cuestiones planteadas en el seno de procesos contencioso-administrativos, en relación con el sujeto pasivo del impuesto.

De un lado, porque se esfuerzan en atribuir a nuestra doctrina una afirmación que no se encuentra en ella, como es que la única demostración de capacidad económica reside en el acreedor hipotecario, no así en el prestatario. Lo contrario se desprende, paladinamente, de lo que afirma la sentencia de la sección segunda de 16 de octubre de 2018 en su fundamento quinto, punto 4: en modo alguno se niega allí que, en el negocio complejo de préstamo hipotecario, quien recibe el dinero prestado no revele con ello capacidad contributiva.

Lo que se dice es otra cosa diferente: que el juego entre el negocio principal y el accesorio, en el préstamo garantizado con hipoteca, difiere en uno y otro impuesto, siendo esencial para arribar a tal conclusión que lo que es aceptable, defendible -y admitido por nosotros- desde la pura perspectiva del gravamen del negocio de transmisión, en sede de ITP, en que es dable considerar como principal al préstamo, no a la hipoteca, no lo es en sede de AJD -que es tributo distinto-, pues la visión cambia si observamos la naturaleza y el régimen fiscal de un impuesto que grava en sí mismas las *escrituras notariales*, por lo que cobra relevancia el dato de que el derecho real de hipoteca alcance preeminencia sobre el préstamo, como acto principal, cuando de lo que se trata es de gravar tales documentos notariales siempre que "...contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad" (artículo 31.2 TR).

77) Las referencias a los autos del Tribunal Constitucional hacen también decir a éste lo que no expresa. Al margen de que en la resolución -por inadmisión- de las cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas no se puede afrontar, con efectos *erga omnes*, el enjuiciamiento de una norma reglamentaria como el artículo 68 del Reglamento del impuesto, lo que cabe concluir de la lectura de ambos autos es que no es inconstitucional, desde el punto de vista del principio de capacidad económica del artículo 31.1 CE, gravar al prestatario en este negocio complejo.

Pero se va mucho más allá de lo declarado cuando se pretende deducir de tales palabras -que remiten al legislador, como es evidente, la disciplina normativa de los tributos y la configuración en ellos del principio de capacidad contributiva-, que el único sujeto pasivo posible del impuesto necesariamente habría de ser, en el negocio que analizamos, el prestatario, no así el acreedor hipotecario.

78) Como tales afirmaciones, que parecen un desliz fruto del apresuramiento, han quedado plasmadas en estas tres sentencias como interpretación unívoca de la doctrina constitucional, no es difícil adivinar en ellas un severo reproche al legislador que, en el repetido Real Decreto-Ley 17/2018, fija ahora en el acreedor hipotecario -el prestamista, lo denomina- la condición de sujeto pasivo, en quien no concurriría, interpretado como está el parecer del Tribunal Constitucional por las sentencias de que disiento, señal alguna de capacidad económica digna de ser gravada, razón que -siempre siguiendo su razonamiento-, conduciría a la inconstitucionalidad de la nueva regulación legal por vulneración del artículo 31.1 CE.

En definitiva, los fundamentos de nuestra doctrina, y de la superación de la doctrina anterior, se basan en las siguientes razones:

**A) La inscripción como requisito de constitución de la hipoteca**

79) La primera razón que nos llevó a modificar nuestra jurisprudencia se refería al requisito de la inscripción registral para la validez de la hipoteca.

Como antes señalamos, el IAJD sólo es exigible cuando el acto o contrato documentado en la escritura notarial, entre otros requisitos, sea inscribible en alguno de los Registros Públicos referidos en el artículo 31.2 del texto refundido.

80) Es más: esta circunstancia (la condición de *inscribible*) es la que determina que una operación como la presente no se someta al ITP -transmisiones patrimoniales-, pues un negocio complejo idéntico al que analizamos se sujetaría, si no fuera inscribible, a este último tributo ( artículo 15 del texto refundido, referido expresamente -como se ha visto- a la constitución del derecho de hipoteca en garantía de un préstamo).

Pues bien, lo cierto es que el préstamo no es inscribible a tenor de lo que dispone el artículo 2 de la Ley Hipotecaria y el artículo 7 de su Reglamento, pues no es -desde luego- un derecho real, ni tampoco tiene la



trascendencia real típica a la que se refiere el segundo de estos preceptos (pues no modifica, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales).

Esto ni siquiera es discutido en la sentencia, pese al tono general de reprobación que se emplea a lo largo de sus alegatos.

81) La hipoteca, por el contrario, no sólo es inscribible, sino que es un derecho real (de garantía) *de constitución registral*. El artículo 1875 del Código Civil afirma rotundamente que *"es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad"*, extremo que concuerda con el artículo 1280.1 del propio Código Civil y que concreta la Ley Hipotecaria al afirmar (en su artículo 130) que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados *"...sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo"*.

82) Tales preceptos son concordantes, además, con la condición de título ejecutivo que posee la primera copia de las escrituras públicas ( artículo 517.2.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), definida tal noción de *primera copia*, en el artículo 17.1, párrafo cuarto, de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 -en redacción dada por la Ley 36/2006-, como *"[...] el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes"*, a lo que añade que *"... [a] los efectos del artículo 517.2.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil , se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter"*.

83) La circunstancia de ser la hipoteca un derecho real *de constitución registral* la sitúa -ésta fue la tesis que asumimos en nuestra doctrina como base de la conclusión jurídica alcanzada, en la que nos mantenemos- como negocio principal a efectos tributarios en las escrituras públicas en las que se documentan préstamos con garantía hipotecaria, pues el único dato del que depende que la escritura se someta al IAJD es que se crea un título inscribible, siendo así que, de los dos negocios que integran aquel acto, sólo la hipoteca lo es.

Tal como dijimos y ahora repetimos con plena convicción, si el tributo que nos ocupa sólo considera hecho gravable el documento notarial cuando incorpora *actos o contratos inscribibles en los Registros públicos* que se señalan; y si esta circunstancia actúa como *condictio iuris* de la sujeción al impuesto, es claro que en los negocios jurídicos complejos resultará el esencial aquel de los que lo integran que cumpla con tal exigencia: a tal efecto, la hipoteca sí la cumple, el préstamo, en cambio, no.

84) De no ser ello así, si siguiéramos reputando principal el préstamo, no tendría excesivo sentido someter a gravamen un negocio jurídico no inscribible sólo porque exista un derecho real accesorio en garantía del cumplimiento de aquél que sí lo es.

Sorprende mucho la falta de argumentos que desmientan nuestro razonamiento, central para sostener la tesis principal relativa a la identidad del sujeto pasivo.

**B) La configuración legal de la base imponible en la parte del tributo que grava el contenido material del documento .**

85) Según el artículo 30.1 TR *"...la base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos"*.

Para afrentarnos con su superioridad autoatribuida, los redactores de las sentencias recriminan nuestro criterio con esta humorada:

*"...Sin embargo, de ello no cabe extraer la consecuencia de que el legislador haya querido hacer prevalecer a efectos tributarios a la hipoteca -lo accesorio- frente a lo principal -el préstamo-, presupuesto equívoco del que parte la construcción contenida en las sentencias de la Sección Segunda, además de contrario a la doctrina jurisprudencial que de manera reiterada se ha venido exponiendo. En efecto, no deja de causar perplejidad que la determinación de la base imponible sirva para discernir la naturaleza jurídica de un negocio jurídico, el hecho imponible y, en definitiva, la determinación del sujeto pasivo de un impuesto, cuando el legislador fiscal no ha definido legalmente lo que ha de entenderse por préstamo con garantía hipotecaria en el impuesto de actos jurídicos documentados, por lo que, como ya se ha puesto de manifiesto más arriba, son las normas del Derecho civil conforme a las cuales ha de ser determinado, en cuya concepción se basa la jurisprudencia que de modo tan radical como abrupto se ha pretendido cambiar"*.

86) El argumento, que causaría estupor leído en textos de otra naturaleza, avergüenza si se lee en una sentencia del Tribunal Supremo. Al margen de la aportación nueva de que se critique una jurisprudencia por contraria



a la doctrina jurisprudencial, la perplejidad que expresan esas sentencias sería fácil de corregir si se lee con alguna detención lo que hemos dicho a propósito de esta cuestión:

El modo legal de cuantificar la base imponible, acertado o no, responde, a nuestro entender, a que el aspecto principal (único) que el legislador ha previsto a tal efecto en el artículo 30 es la hipoteca, pues esos conceptos (intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento, etc.) sólo nutren la base imponible al incorporarse a la escritura pública de constitución de hipoteca, porque son las partidas o conceptos que permitirán al acreedor ejercitar la acción privilegiada que el ordenamiento le ofrece (pues la acción del 130 LH sólo podrá ejercitarse "... sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento...").

87) Cabría añadir una segunda reflexión incorporada en nuestra doctrina y orillada completamente en las sentencias: si analizamos el artículo 30.1 TR desde la perspectiva de la capacidad contributiva, es claro que la que aquí se pone de manifiesto, a tenor de su redacción, no es la del prestatario (que sólo ha recibido el préstamo y que se obliga a su devolución y al pago de los intereses, por lo que su capacidad económica habría de ser cifrada en la capacidad de endeudamiento, pero no más allá), sino la del acreedor hipotecario (único verdaderamente interesado en que se configure debidamente el título notarial inscribible y se inscriba adecuadamente en el Registro de la Propiedad).

88) La correcta interpretación del artículo 29 TR ( "*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*") abona la tesis que defendemos, puesto que es la escritura pública, como título inscribible en el Registro de la Propiedad, la que prepara al acreedor como adquirente de un derecho real, al ser el único de los dos que necesita imperiosamente esa inscripción para la obtención de su derecho.

La expresión *en su defecto* no sólo puede ir referida a aquellos supuestos en los que no pueda identificarse un *adquirente* del bien o derecho ( artículo 609 C.c.), sino también a aquellos otros -como el que nos ocupa- en los que no puede determinarse con precisión quién ostenta tal condición, o cuando la ostentan ambos contratantes.

89) Merece la pena detenerse, además, en el concepto de *interés* (...*en cuyo interés se expidan*) que es esencial en este caso porque puede también ser un elemento indicativo de capacidad económica que utilice el legislador para determinar quiénes sean los obligados tributarios. Es importante destacarlo, además, porque el interés conecta con el otro aspecto contenido en el precepto (la solicitud del documento notarial), pues sólo un interesado puede pedir al fedatario la expedición o la entrega de la primera copia de la escritura, como hemos visto ya, para hacer efectivo su derecho.

Las dificultades para determinar con seguridad quién sea la persona del adquirente (artículo 29 TR) y la presencia en nuestro caso de un negocio complejo en el que cabría -al menos a efectos dialécticos- identificar dos adquirentes, nos conducen a utilizar -como criterio hermenéutico obligado- el contenido del artículo 29 TR y considerar esencial la figura del interesado para despejar aquellas incógnitas.

90) Desde esta perspectiva, expresamos en nuestra jurisprudencia -que puede, en un sistema judicial presidido por la normalidad, ser objeto de debate, de corrección o de cambio, pero jamás de ridiculización- que el beneficiario del documento notarial que nos ocupa no es otro que el acreedor hipotecario, pues él (y solo él) está legitimado para ejercitar las acciones (privilegiadas) que el ordenamiento ofrece a los titulares de los derechos inscritos. Solo a él le *interesa* la inscripción de la hipoteca (el elemento determinante de la sujeción al impuesto que analizamos), pues ésta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad. Y sólo puede accederse a la inscripción a través de un título inscribible ( artículo 3 LH).

91) Era de singular relevancia la reflexión incorporada a este argumento, referida al hecho -que no ha sido objeto de atención alguna en las sentencias- de que la persona del hipotecante puede ser el mismo deudor o un tercero (el *hipotecante no deudor*, que sólo responde con el bien hipotecado), siendo así que -en este último caso-, la tesis establecida en la jurisprudencia antigua, la que se obstinan ahora en declarar que en modo alguno debería ser cambiada, nos llevaría a la conclusión absurda e indeseable de que si el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario, no sólo se le exigiría el gravamen del IAJD a una persona completamente ajena a la relación de hipoteca, sino que la base imponible, expresión económica del impuesto, incluiría sumas y conceptos distintos a las que se contienen en el único negocio en el que participó, con la recepción del préstamo, comprometiéndose seriamente, de este modo, el principio de capacidad contributiva.

Nada se dice en contra en la sentencia, cuando es una razón poderosa para reforzar nuestra tesis, tan alanceada como poco contradicha.

**C) La nulidad del precepto reglamentario**



92) La nulidad del artículo 68 del Reglamento, cuya conformidad a Derecho reivindicamos, tardíamente, las sentencias, es una consecuencia necesaria de lo que se expresaba en la estructurada interpretación jurídica que contenía nuestra doctrina.

Así, no alteraba tales conclusiones que el reglamento de desarrollo de la ley dispusiera, en el apartado segundo de su artículo 68 y en relación con el sujeto pasivo del IAJD, que "[...] cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

93) En primer lugar, por una cuestión de mero respeto al principio de legalidad tributaria. De ser ese el criterio del legislador, debería haberlo declarado expresamente, al tratarse de un elemento sometido a la reserva de ley tributaria ( artículo 8.c) LGT), conforme al cual: "*Se regularán en todo caso por ley:...c) La determinación de los obligados tributarios previstos en el apartado 2 del artículo 35 de esta ley y de los responsables*".

94) Pero, además, bien habría podido definir el TR quién es el sujeto pasivo del IAJD en el préstamo con garantía hipotecaria. De hecho, efectuó tal previsión con el mismo negocio jurídico complejo a efectos del ITP, pues en éste -sólo en éste- se afirma en la ley ( artículo 15) que la constitución, entre otros, del derecho de hipoteca en garantía de un préstamo *tributará exclusivamente por el concepto de préstamo*, mientras que para AJD no se dispone nada similar, lo que cabe interpretar rectamente como la demostración de que el artículo 15 TR no es válido, y no puede utilizarse como canon interpretativo para definir el sujeto pasivo del IAJD.

95) Nada le era más fácil al legislador que incorporar una previsión equivalente en sede de actos jurídicos documentados, aclarando el concepto de adquirente en estos supuestos; de suerte que, entendemos, si no lo hizo fue porque consideró que lo verdaderamente relevante en el repetido negocio complejo, a efectos de su sometimiento a gravamen, era la necesidad de inscripción, requisito que fundamenta la aplicación del tributo y que concurre exclusivamente en la hipoteca.

96) De tales consideraciones deriva la nulidad del artículo 68, párrafo 2º del Reglamento, porque no posee el carácter meramente interpretativo o aclaratorio que le otorgaba la jurisprudencia anterior y que ahora, en las sentencias que son objeto de discrepancia en este voto, se trata de hacer revivir *post mortem*, sino que incurre por el contrario en un patente exceso reglamentario, al definir un elemento esencial del impuesto, el que determina el sujeto pasivo, reservado a la Ley ( artículo 8 LGT), en contradicción con el artículo 29 TR -*aquellos en cuyo interés se expidan*- (los documentos notariales).

97) Ciertamente, conocer los rudimentos del Derecho Tributario lleva algún tiempo, de modo que el escaso plazo concedido para que los miembros de la Sala Tercera pudieran estudiar y formarse opinión en el asunto que nos ocupa ha podido llevar a algunos de sus miembros a alcanzar conclusiones poco reflexivas.

Las sentencias del pleno contienen algunas observaciones a las que es necesario responder, para que el silencio sobre ellas no pueda ser interpretado como conformidad a lo que se dice -aun con la dificultad de dar respuesta a todas y cada una de tales afirmaciones-. Nos vamos a detener en las que nos parecen más notables:

98) Las sentencias afirman que es improcedente acometer un cambio de jurisprudencia por la circunstancia de que la cuestión litigiosa nunca fue del todo pacífica "*en términos científicos y académicos*". Parece extraña la afirmación, porque la discusión en la comunidad jurídica sobre la interpretación de los preceptos aplicables constituye, cabalmente, una buena razón que hiciera necesario un pronunciamiento clarificador del Tribunal Supremo al respecto. De lo contrario, parece postularse que la ausencia de criterios doctrinales uniformes no basta para abrir un debate sobre la inamovilidad pétrea de una jurisprudencia respecto de la que parte de la doctrina muestra su discrepancia.

99) Que el préstamo tenga sentido y *viabilidad* (sic) en sí mismo y que la garantía sea un negocio "*derivado y siervo del anterior*" no entraña, como apodícticamente se menciona en las sentencias mediante el uso de la expresión "*es claro*", que el préstamo sea -exclusivamente- "*el que tiene que guiar la interpretación de las consecuencias tributarias que sean de rigor*" (es de suponer que en estos dos impuestos distintos). No se explica por qué ha de ser forzosamente así, puesto que, salvo la reproducción de ciertos párrafos de sentencias representativas de la jurisprudencia anterior a la fijada en las tres sentencias de la sección segunda de esta Sala, no se encuentra en las que leemos argumento alguno que sustente aquella afirmación.

100) No sabemos qué significa "*entendimiento fragmentario*" de la ley en el contexto en que la frase es pronunciada. De nuestra doctrina resulta, desde luego, una secuencia lógica que puede ser compartida o no, pero que no puede ser censurada sobre la única base de que contraviene la doctrina preestablecida, poseedora de una enigmática perdurabilidad que no se llega a justificar en ninguna fuente legitimadora. La base de la argumentación es que el complejo negocial puede ser observado, a efectos del IAJD, que es un impuesto de otra índole, desde un ángulo distinto al que permite su examen a efectos del impuesto sobre transmisiones



patrimoniales, precisamente porque la capacidad gravada en una y otra figura es de naturaleza diferente y, además, en el impuesto que nos retiene la atención, de muy discutible concreción legal.

101) Las sentencias se dedican en su argumentación a defender un denominado "*criterio material derivado de la propia naturaleza jurídica y sentido de los actos jurídicos que se integran en el negocio complejo*", pero no explica en modo alguno qué significa tal criterio hermenéutico, salvo para recriminar, una vez más, que "*no es posible aceptar la afirmación apodíctica de la inaplicabilidad de los artículos 8 y 15 de la Ley a la cuestión controvertida por estar ubicados en el Título sobre transmisiones patrimoniales*".

Pues bien, ni la inaplicabilidad de los artículos 8 y 15 del Texto Refundido se sostiene apodícticamente en nuestra doctrina, sino que es fruto de una elaborada argumentación a que ya nos hemos referido ampliamente, sino que resulta increíble que se sostenga, esta vez sí, de forma apodíctica y voluntarista, ese pretendido criterio material, para oponerlo a su supuesto antagónico, es de intuir, *criterio espiritual o formal*. Al margen de la afirmación poco meditada, lo relevante es que se vuelve a situar la jurisprudencia precedente como única medida de referencia para recusar, por ese solo hecho, la que viene a sustituirla.

De ser esto así, las sentencias desautorizan muy gravemente el contenido de los respectivos autos de admisión, cuya parte dispositiva parecen truncar o releer, a la vez que inauguran un innovador concepto de jurisprudencia que debería haberse matizado algo más -salvo que se trate, tememos, de un criterio sólo válido *ad casum*- y, de lo contrario, haber sido objeto de un debate plenario explícito, en que hubiéramos podido deliberar íntegra, preparada y ampliamente sobre las nuevas restricciones que el pleno va a imponer ahora a las secciones de enjuiciamiento.

102) No es fácil entender la reprensión de las sentencias referida a la *unidad del hecho imponible*. Si por tal entendemos que el negocio complejo de préstamo con garantía hipotecaria es unitario a efectos de su gravamen, tal idea de unidad está afirmada expresamente en las tres sentencias que configuran la jurisprudencia de la sección segunda. Es cierto que no se afirmó en ellas, en verdad, que el negocio complejo actuara en el tráfico como una única *unidad léxica* (sic); pero ello es así porque no pensamos que tal expresión (referida en la lexicología moderna a las palabras, a las fórmulas rutinarias, a los compuestos sintagmáticos o a las locuciones idiomáticas) tuviera alcance alguno a la hora de determinar quién haya de ser considerado sujeto pasivo en la escritura notarial que documenta un negocio jurídico complejo como el que nos ocupa. Sorprende el reproche, en todo caso, cuando las tres sentencias de la sección segunda señalaron, *expressis verbis*, que el préstamo con garantía hipotecaria era, ciertamente, una unidad a efectos tributarios.

Lo que subyace en este planteamiento de las sentencias es que ese complejo negocial sólo es comprensible aceptando el predominio del préstamo sobre la hipoteca, y ello tanto en sede de ITP como en IAJD, para gravar la escritura notarial que lo documenta. Tal aserto, sea acertado o no -que no lo es- descansa al parecer en una idea desconocida en el Derecho Tributario, cual es que el hecho imponible es unitario y el mismo en ambos impuestos, de suerte que, al margen de lo que la ley diga, esa unidad inalterable sería quebrantada si interpretamos que los preceptos reguladores de un impuesto no son aptos para definir quién sea el sujeto pasivo en otro impuesto.

Dos consideraciones añadidas merece esa nueva aportación a la ciencia tributaria: la primera, que se vuelve a apoyar exclusivamente en el ya consabido argumento de que nuestra doctrina se equivoca porque es contraria a la jurisprudencia de la sección segunda -se menciona al efecto la sentencia de 19 de noviembre de 2001, según la cual el único sujeto pasivo es el prestatario-. Esto es, que hay dos clases de jurisprudencias jerárquicamente ordenadas, de suerte que una ha de acomodarse o atenerse a la otra, teoría que habría merecido, por su novedad y por entrañar un verdadero *giro radical*, alguna explicación complementaria en el debate plenario.

La segunda consideración es que la nueva concepción del sujeto pasivo del impuesto debatido, en la versión del artículo 29 del TR reformado en el Real Decreto- Ley 17/2018, rompería ese armónico equilibrio que se aduce de la *unidad del hecho imponible*, transversal a los impuestos, pues desagrega ahora el régimen del ITP -donde el préstamo mantiene su prevalencia en el complejo negocial- del IAJD -en que, para el mismo complejo, se pone el acento en el prestamista, deshaciendo esa unidad descrita como si fuera algo metafísicamente necesario e ineluctable- las consecuencias jurídicas de lo cual se abstiene la mayoría de la Sala de aventurar.

Madrid, misma fecha de la sentencia de la que se disiente.

Francisco José Navarro Sanchís Eduardo Calvo Rojas

Ángel Aguallo Avilés Jesús Cudero Blas

## VOTO PARTICULAR



DISCREPANTE QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON Fernando Román García A LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 1049/2017.

Desde el máximo respeto a la decisión de la mayoría, manifiesto mi discrepancia con la sentencia dictada por las razones que expondré a continuación, en forma de sentencia, tal como prescribe el artículo 260.1 de la LOPJ.

### ANTECEDENTES DE HECHO

Asumo, por remisión, los Antecedentes de Hecho de la sentencia.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

#### **PRIMERO.- *Precisión previa sobre las circunstancias concurrentes en los recursos objeto de enjuiciamiento por el Pleno.***

A fin de enmarcar adecuadamente mi posición discrepante de la decisión mayoritaria, considero conveniente precisar el contexto en el que ha sido adoptada ésta.

I. Los tres asuntos sometidos al enjuiciamiento del Pleno forman parte de una serie de seis recursos interpuestos por la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, S.A.: los tres primeros fueron objeto de las sentencias dictadas por la Sección Segunda de esta Sala los días 16, 22 y 23 de octubre de 2018, siendo los tres recursos que ahora enjuiciamos, sustancialmente idénticos a aquéllos.

Dicha identidad sustancial alcanza a los sujetos intervinientes, a las cuestiones suscitadas, a las normas sustantivas aplicables para resolver éstas (salvo el anulado artículo 68.2 del RD 828/1995), y a la fundamentación de las resoluciones adoptadas en sedes administrativa y judicial.

II. Asimismo, conviene ahora recordar -de forma sucinta- las peculiares circunstancias acaecidas y que deben ser tomadas en consideración para la resolución de estos tres recursos:

1. En virtud de autos de fechas 18 de octubre de 2017, 4 de diciembre de 2017 y 24 de enero de 2018 se admitieron los tres recursos ahora enjuiciados (1049/2017, 1653/2017 y 5911/2017, respectivamente).

En los tres autos se justificaba la concurrencia de interés casacional para la admisión de los respectivos recursos atendiendo a la existencia de contradicción entre la doctrina mantenida al respecto por las Salas Primera y Tercera de este Tribunal a propósito de la determinación del sujeto pasivo de la modalidad actos jurídicos documentados del ITPAJD en los préstamos hipotecarios.

Y en todos ellos se remitían las actuaciones a la Sección Segunda a efectos de su enjuiciamiento, considerando que la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en "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, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria", advirtiendo expresamente de la necesidad de una nueva respuesta por parte del Tribunal Supremo, al tratarse de "una materia que afecta a un gran número de situaciones y tiene una importante trascendencia social, más allá del caso objeto del proceso".

2. La contradicción apreciada por la Sección de Admisión desapareció transitoriamente, al dictarse por la Sala Primera sendas sentencias en fecha 15 de marzo de 2018, en las que dicha Sala manifestaba expresamente acomodar su criterio al de la Sala Tercera al tratarse de materia tributaria.

3. Sin embargo, la Sección Segunda de la Sala Tercera apreció que no había desaparecido el interés casacional y, en deliberación conjunta de los tres recursos, acordó estimarlos por considerar -en síntesis- que el prestatario no podía ser considerado sujeto pasivo de este tributo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria, dictándose en este sentido las SSTs de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, acordándose la anulación del artículo 68.2 del citado Reglamento.

4. En fecha 22 de octubre de 2018, el Presidente de la Sala dictó sendos acuerdos avocando al Pleno la decisión de los tres recursos pendientes sobre la misma cuestión.

5. El Pleno ha resuelto los tres recursos en sentido desestimatorio, por apreciar -en esencia- que debía ser considerado sujeto pasivo de este tributo el prestatario y no el prestamista, apartándose así de la doctrina sentada en las tres sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 y retomando la que estuvo vigente con anterioridad a éstas.

**SEGUNDO.- Sobre la procedencia de mantener la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de 16 , 22 y 23 de octubre de 2018 .**

I. La sentencia de la que disiento, tras justificar la regularidad de la avocación al Pleno de los tres recursos, describir las circunstancias concurrentes en éstos, referirse a la jurisprudencia emanada del Pleno de la Sala, detallar las respectivas posiciones de las partes (Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, S.A., Administración del Estado y Comunidad de Madrid) y razonar sobre la subsistencia del interés casacional en el caso, alude a la jurisprudencia relativa al sujeto pasivo del impuesto sobre los préstamos hipotecarios, incidiendo separada y sucesivamente en la doctrina de la Sala Tercera sobre la cuestión controvertida, en la constitucionalidad de la normativa aplicada y en la doctrina de la Sala Primera al respecto.

Pasa a continuación la sentencia a referirse a la decisión del Pleno en relación con el sujeto pasivo de este impuesto, analizando las alegaciones de la entidad recurrente y la irrelevancia que para resolver estos recursos tiene la nulidad del artículo 68.2 del Reglamento del impuesto acordada en las sentencias de octubre. Y tras, ello, da respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en los siguientes términos: (i) declara que el sujeto pasivo en el impuesto de actos jurídicos documentados cuando el documento sujeto es una escritura pública de constitución de un préstamo con garantía hipotecaria es el prestatario, en su condición de adquirente del negocio principal documentado, con base en el artículo 29 del TRLTPyAJD; (ii) ratifica la doctrina anterior a la establecida en las sentencias de octubre de 2018; y (iii) precisa que el efecto de las tres sentencias citadas queda reducido al ámbito procesal de los recursos resueltos en ellas.

Concluye la sentencia, en mérito a lo expuesto, desestimando el recurso y efectuando el correspondiente pronunciamiento sobre las costas.

II. Con el máximo respeto a la decisión de la mayoría, manifiesto mi discrepancia con la sentencia dictada por el Pleno porque, a mi juicio, la doctrina contenida en las tres sentencias de octubre debió ser mantenida con base en la consideración conjunta de las siguientes razones y circunstancias:

1. *El origen del problema: la defectuosa técnica legislativa empleada en la normativa aplicable.*

Basta la simple lectura de los preceptos que integran la normativa aplicable a la resolución de los recursos para constatar que el origen de la polémica surgida en torno a quién debe ser considerado sujeto pasivo del tributo analizado se sitúa en la defectuosa técnica empleada por el legislador para identificar a dicho sujeto.

En efecto, el legislador podría haber señalado con toda claridad quién era el sujeto pasivo del tributo, atribuyendo tal condición directamente al prestamista, al prestatario o a ambos. Sin embargo, acudió para efectuar tal atribución a una fórmula indirecta, señalando el artículo 29 del Texto Refundido 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", sin efectuar precisión adicional alguna sobre quién debe ser considerado en estos casos como adquirente del bien o derecho, ni sobre quiénes son los interesados en la expedición de los documentos notariales.

A partir de aquí, algo que no hubiera entrañado problema alguno si se hubiese alcanzado el grado de claridad y de precisión exigibles en un precepto que resulta aplicable a millones de operaciones (algunas publicaciones cifran en unos ocho millones los préstamos hipotecarios vigentes en España, de los que, aproximadamente, un millón quinientos mil se habrían suscrito en los últimos cuatro años) se ha convertido en una norma generadora de problemas interpretativos, que han conducido a soluciones dispares en la aplicación de aquélla, en detrimento de la necesaria y deseable seguridad jurídica.

2. *Dificultad interpretativa de la normativa aplicable.*

La interpretación de la normativa aplicable al caso no ha sido pacífica. Buena prueba de ello es que durante los últimos años -al menos, desde la sentencia dictada el 23 de diciembre de 2015 por el Pleno de la Sala Primera- la interpretación de dicha norma ha llevado a las Salas Primera y Tercera de este Tribunal Supremo a conclusiones diferentes. Precisamente, en la constatación de esa contradicción basó la Sección de Admisión de nuestra Sala Tercera la apreciación de la concurrencia de interés casacional objetivo para admitir los recursos ahora resueltos.

A este respecto, resulta ilustrativo el tenor del auto de admisión de 15 de enero de 2018 al señalar (en términos casi idénticos a los otros dos autos) que tenía interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la cuestión consistente en "precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 LITPAJD, en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria".

Parece evidente que, si la norma aplicable a la resolución de la cuestión debatida no hubiera comportado dificultad interpretativa alguna, la Sección de Admisión no habría considerado necesario que la Sección



Segunda precisara, aclarara, matizara, revisara o ratificara la doctrina jurisprudencial existente en torno a dicho precepto.

Pero es que, además, en el expresado auto se indicaba lo siguiente:

"Sobre esta cuestión existe doctrina de esta Sala, que entiende que el sujeto pasivo en estos casos es el prestatario, porque el derecho a que se refiere el artículo 29 LITPAJD es el préstamo mismo, aunque se encuentre garantizado con hipoteca. Sin embargo, el reciente criterio contrario sentado por la Sala Primera ha abierto un debate doctrinal que requiere una nueva respuesta por parte de este Tribunal Supremo, máxime cuando, como pone de manifiesto la entidad recurrente en su escrito de preparación, es una materia que afecta a un gran número de situaciones y tiene una importante trascendencia social, más allá del caso objeto del proceso.

En efecto, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la sentencia de 23 de diciembre de 2015, ya mencionada, en relación con una cláusula que imputaba el pago del impuesto devengado en un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario, argumenta que es aplicable a la misma lo dispuesto en el artículo 89.3, letra c), del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (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".

Todavía después de dictados los respectivos autos de admisión en los seis recursos idénticos, la discrepancia interpretativa entre el Pleno de la Sala Primera y la Sección Segunda de la Sala Tercera continuó, aunque ahora en sentido contrario, invirtiéndose las conclusiones respectivamente mantenidas con anterioridad por cada una de ellas en virtud (i) de las dos sentencias del Pleno de la Sala Primera de 15 de marzo de 2018 y (ii) de las tres sentencias de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 dictadas por la Sección Segunda de la Sala Tercera, hecho que evidencia aún más la dificultad interpretativa mencionada.

Adicionalmente, cabe recordar a este respecto que las propias sentencias del Tribunal Supremo que se alinean con la doctrina jurisprudencial anterior a la establecida por las sentencias de octubre habían venido reconociendo las dificultades existentes en la interpretación y aplicación de este tributo. Así, la STS de 31 de octubre de 2006 (RC 4593/2001), con cita de otras anteriores en el mismo sentido, señalaba 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, (...)".

Por todo ello, no puedo compartir la afirmación contenida en la sentencia del Pleno de que <<(...) no existe dificultad alguna en identificar bajo el término "adquirente" del artículo 29 del Texto Refundido a quien recibe el bien -la cantidad prestada- en un contrato traslativo del dominio como es el préstamo mutuo, y no a quien ostenta un derecho real de garantía, y, por tanto, de carácter accesorio, sobre un bien inmueble propiedad del prestatario>>. Por el contrario, comparto la apreciación de las sentencias de octubre relativas a las dificultades para determinar con seguridad, *prima facie*, quién sea la persona del "adquirente" en el caso de un negocio complejo en el que cabría identificar, al menos a efectos dialécticos, dos adquirentes, y la consecuente utilización -como criterio hermeneúutico complementario- de la figura del "interesado" para despejar aquellas incógnitas.

### 3. La doctrina asumida en la sentencia del Pleno.

La sentencia del Pleno no incluye en sus razonamientos argumentos sustancialmente diferentes de los empleados en las sentencias que conformaban la doctrina jurisprudencial vigente hasta que se dictaron las sentencias de octubre. En este sentido, conviene precisar que -prescindiendo de la sentencia de 22 de noviembre de 2017, que se limitó a desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina por falta de la identidad exigible- la última sentencia en que la Sala Tercera analizó el fondo de la cuestión ahora controvertida y concluyó atribuyendo la condición de sujeto pasivo del tributo al prestatario data de 31 de octubre de 2006. Por tanto, desde esta fecha hasta que se dictaron las sentencias de octubre habían transcurrido doce años, sin que durante ese dilatado lapso de tiempo hubiera recaído un nuevo pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre el fondo de la cuestión, ni en un sentido ni en otro.



El sustento argumental de la doctrina jurisprudencial anterior a las sentencias de octubre se reflejaba -según éstas- en las siguientes proposiciones:

"a) La primera, que el hecho imponible, préstamo hipotecario, " es *único*", lo que produce la consecuencia de que " *el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD* ".

b) La segunda, que la afirmación legal de que el sujeto pasivo es el "adquirente del bien o derecho" debe interpretarse en el sentido de que " *el derecho a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque éste se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía*".

c) La tercera, que cuando la norma exige que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, " *está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca*", lo que se ve reforzado por el reglamento del impuesto, " *de indudable valor interpretativo*", cuyo artículo 68.2 dispone que "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

Pues bien, la sentencia del Pleno reitera, en esencia, estos mismos argumentos y no incorpora, a mi juicio, ningún otro elemento relevante que debiera ser tomado en consideración a efectos interpretativos en relación con el tantas veces mencionado artículo 29.

En el mismo sentido, cabe constatar, además, que tampoco ha profundizado la sentencia del Pleno en el argumento referido a las consecuencias que el cambio de doctrina jurisprudencial operado por las sentencias de octubre podría tener sobre el IVA (argumento defendido en el Voto Particular discrepante de las sentencias de octubre).

Y, por otra parte, la referencia que la sentencia del Pleno hace a la constitucionalidad de la normativa aplicable, avalada por sendos autos del Tribunal Constitucional (auto 24/2005, de 18 de enero y auto 223/2005, de 24 de mayo, que reitera la doctrina establecida en el anterior), tampoco aporta ningún argumento adicional que sirva para reforzar la doctrina jurisprudencial anterior.

A este respecto, debe tenerse presente, de entrada, el ámbito competencial propio del Tribunal Constitucional. Baste recordar en este sentido la doctrina constitucional reflejada, entre otras muchas, en la STC 45/2012, de 29 de marzo, que expresamente establece que no es función del Tribunal Constitucional fijar la interpretación de la legalidad ordinaria, que corresponde en exclusiva a la decisión de los órganos judiciales, destacando que su función se limita a examinar tal decisión " *desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego, cuyo contenido se constituye en límite de la actuación judicial*".

Así, en los dos autos mencionados el Tribunal Constitucional resuelve inadmitir las cuestiones planteadas sin llevar a cabo una interpretación de la legalidad ordinaria sobre quién debería ser considerado sujeto pasivo del impuesto al que ahora nos referimos, aspecto que, por otra parte, no había sido presentado como polémico en aquellas cuestiones. El Tribunal asume en ambos casos como punto de partida que las normas de cuya constitucionalidad duda el órgano jurisdiccional proponente - artículos 8.d, 15.1 y 29 del RDL 1/1993 y 68.2 del RD 828/1995- atribuían la condición de sujeto pasivo de este concreto impuesto al prestatario, lo que no debe extrañar teniendo en cuenta que esa afirmación constituía la base del planteamiento realizado por el Tribunal Superior de Cataluña (órgano jurisdiccional que había presentado la cuestión de inconstitucionalidad) y, asimismo, que el Tribunal Supremo, como máximo intérprete de la legalidad ordinaria, había establecido esa misma conclusión como doctrina jurisprudencial que, además, no era singularmente conflictiva en aquel momento.

Por ello, la declaración del Tribunal Constitucional relativa a la validez de la opción legislativa de considerar al prestatario como sujeto pasivo de este impuesto, exclusivamente efectuada desde el punto de vista constitucional, no resulta relevante a efectos de este recurso.

Empero, la apreciación de estas circunstancias no debe oscurecer en modo alguno la realidad de que la doctrina jurisprudencial anterior se asentaba sobre sólidos y razonables argumentos. Ahora bien, el reconocimiento de esta realidad tampoco es óbice para afirmar que puede construirse argumentalmente otra fundamentación igualmente sólida, pero de signo contrario, como consecuencia de la falta de claridad y de la dificultad interpretativa de la norma. De ahí que no resulte insólito, en absoluto, la existencia de una fundamentación alternativa, sustentada en una interpretación diferente y también razonable de la normativa aplicable, que ha sido sostenida por el Pleno de la Sala Primera y por la Sección Segunda de la Sala Tercera (a la que cabe atribuir un conocimiento profundo de la materia tributaria, al ser la encargada ordinariamente del enjuiciamiento de los asuntos tributarios que llegan al Tribunal Supremo en virtud de las normas de reparto).



#### 4. La doctrina establecida en las sentencias de octubre.

La STS de 16 de octubre -y en el mismo sentido las de 22 y 23 de octubre-, partiendo de un exquisito respeto hacia la doctrina jurisprudencial anterior, de la que alaba "la solidez de buena parte de los argumentos en los que descansa", incorpora en su Fundamento Quinto -que lleva por rúbrica "La necesidad de modificar la jurisprudencia sobre el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria"- una explicación pormenorizada, en términos razonados y razonables, del cambio de doctrina jurisprudencial sobre la cuestión controvertida.

Esta explicación no sólo cumple -por supuesto- el estándar constitucional exigible sobre motivación de las sentencias, sino que, además, proporciona una justificación de notable y más que suficiente entidad sobre las razones por las que la Sección percibía que era necesario abordar el referido cambio jurisprudencial.

Y así, en esas sentencias, tras un primer análisis de la configuración legal del impuesto sobre actos jurídicos documentados, en su modalidad de documentos notariales, la Sección Segunda enmarca la cuestión atinente al sujeto pasivo del impuesto en las escrituras de préstamos con garantía hipotecaria en la normativa vigente y en la jurisprudencia, justificando la necesidad de modificar la doctrina jurisprudencial anterior con base, principalmente, en consideraciones referidas al requisito de la inscribibilidad, a la configuración legal de la base imponible y al tenor literal del artículo 29 de la ley del impuesto, rechazando fundadamente -además- la alegación según la cual los artículos 8 y 15 de la ley establecen expresamente que el sujeto pasivo es el prestatario.

Los sólidos razonamientos expresados al respecto por la Sección Segunda, que asumo y comparto en lo sustancial y a los que expresamente me remito a fin de evitar reiteraciones innecesarias, proporcionan motivos suficientes para atribuir plena legitimidad a la conformación de una nueva doctrina jurisprudencial emanada de la Sección Segunda, calificación que no puede ser puesta en cuestión por el hecho de que las tres sentencias de octubre hubieran sido deliberadas el mismo día en relación con asuntos idénticos, toda vez que ese "modo reiterado" de interpretar y aplicar la ley en los asuntos mencionados es, precisamente, a lo que se refiere el artículo 1.6 del Código Civil cuando alude a la jurisprudencia y a su valor como complemento del ordenamiento jurídico.

Tampoco puede discutirse -a mi juicio- la conformación legítima de la nueva doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de octubre con base en el entendimiento de que el criterio de la Sección Segunda haya sido objeto de una "inmediata desautorización por el Pleno". Obvio es que el Pleno de la Sala ha adoptado mayoritariamente la decisión de retomar la doctrina jurisprudencial anterior -aunque haya sido exigua la diferencia de apoyos entre las opciones contrapuestas-, expresando los motivos que le han llevado a ello, pero el cambio de doctrina jurisprudencial operado por el Pleno no priva de tal carácter a la establecida en las sentencias de octubre.

A mi entender, es evidente que la previsión normativa de avocación al Pleno de asuntos especialmente trascendentes -desde el punto de vista jurídico, social, económico, etc.- tiene todo el sentido lógico y que, además, la intervención del conjunto de los magistrados de una Sala en el enjuiciamiento de este tipo de asuntos contribuye a incrementar el nivel de certidumbre y seguridad jurídica que siempre deberían generar en los ciudadanos las sentencias judiciales, lo que resulta especialmente aconsejable en el caso del Tribunal Supremo, como cúspide del poder judicial en nuestro país. Obvio es, también, que en tales casos el Pleno puede apartarse motivadamente de la doctrina jurisprudencial que, anteriormente, hubiera establecido una Sección en legítimo ejercicio de su plena independencia jurisdiccional -como ahora ha ocurrido-, pero nada de ello justifica que pueda ponerse en duda que la establecida en las sentencias de octubre constituya una auténtica doctrina jurisprudencial.

#### 5. Razones adicionales para mantener la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de octubre.

Lo hasta ahora razonado debería haber sido suficiente, a mi juicio, para que el Pleno hubiera adoptado la decisión de mantener la nueva doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de octubre.

Sin embargo, concurren además otras circunstancias que, adicionalmente, refuerzan esa convicción. Son las siguientes:

a) Los tres asuntos ahora enjuiciados son prácticamente idénticos a los que fueron objeto de las sentencias dictadas en octubre. Como antes expuse, dicha identidad sustancial alcanza a los sujetos intervinientes, a las cuestiones suscitadas, a las normas sustantivas aplicables para resolver éstas (salvo el artículo 68.2 del Reglamento, anulado por aquellas sentencias), a la fundamentación de las resoluciones adoptadas en sedes administrativa y judicial y, asimismo, a los respectivos órganos resolutorios (TEAR de Madrid y Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid).



Por ello y, aunque conforme a doctrina constitucional reiterada (por todas, baste citar las SSTC 40/2015 y 105/2009), no pueda hablarse propiamente de vulneración del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, por provenir las resoluciones contradictorias de órganos jurisdiccionales diferentes -a estos efectos lo son el Pleno y la Sección Segunda-, la concurrencia de una plena identidad de circunstancias entre los supuestos enjuiciados debería haber sido tomada en especial consideración para resolver los tres asuntos sometidos al enjuiciamiento del Pleno en el mismo sentido que los anteriores, a la vista de que las dos interpretaciones jurisprudenciales contrapuestas sobre la cuestión del sujeto pasivo gozaban, como he indicado, de suficiente solidez y razonabilidad.

b) Desde que se conformó la nueva doctrina jurisprudencial por la Sección Segunda en las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre apenas habían transcurrido unos días hasta que el Pleno adoptó, por decisión mayoritaria, apartarse de ella, sin que durante este breve lapso de tiempo y, desde una perspectiva doctrinal, se hubiera producido algún cambio sustancial en el estado de la cuestión controvertida, no habiéndose incorporado al debate ningún nuevo argumento, distinto de los ya conocidos y analizados, que fuera relevante ni, mucho menos, que pudiera influir decisivamente en la resolución de la controversia referida a la determinación del sujeto pasivo de este tributo.

c) Tampoco cabe apreciar en ese breve lapso de tiempo la concurrencia de ningún hecho al que pudiera atribuirse trascendencia o relevancia jurídica: no ha acaecido ningún cambio normativo; no se han dictado nuevas sentencias por las Salas Primera y Tercera sobre el particular; y no se ha producido ninguna alteración en la situación procesal de los pleitos pendientes de enjuiciamiento por el Pleno.

d) Estamos ante un asunto de especial trascendencia social y económica, tal como desde el primer momento detectó la Sección de Admisión (aunque, desde luego, la escasa repercusión social que, fuera de los círculos especializados, tuvo la sentencia dictada el 23 de diciembre de 2015 por la Sala Primera, no hacía presagiar la intensa expectación social y mediática con que era esperada la sentencia del Pleno).

Esa trascendencia, unida a la existencia de una serie de seis recursos idénticos, entre las mismas partes y sobre la misma cuestión, que revestían interés casacional por la existencia de doctrina contradictoria entre dos Salas del Tribunal Supremo, habría justificado el conocimiento de los seis recursos por el Pleno.

Sin embargo, una vez sentenciados los tres primeros recursos por la Sección Segunda en sentido estimatorio y, no siendo la cuestión propiamente controvertida de carácter "transversal" (por no centrarse la discusión sobre una materia que pudiera afectar a todas las Secciones de la Sala, como sucedería, por ejemplo, si aquella hubiera versado sobre un aspecto procesal), sino una cuestión que atañe exclusivamente al ámbito tributario, debería haberse dado a estos tres nuevos asuntos la misma respuesta que la Sección Segunda dio a los tres primeros unos días antes en condiciones idénticas, pues sólo de este modo la Sala Tercera y, por extensión, el Tribunal Supremo, podrían trasladar a las partes personadas y, en general, a los ciudadanos, la necesaria y deseable sensación de certidumbre y seguridad jurídica que descansa en la previsibilidad de las resoluciones judiciales, lo que resulta aún más importante en una materia como la tratada, en la que la sociedad está especialmente sensibilizada.

e) Las sentencias de octubre justifican sólidamente la doctrina jurisprudencial que establecen respecto del sujeto pasivo del tributo, dando además respuesta completa y coherente a las cuestiones suscitadas en el auto de admisión, sin que quepa apreciar en las referidas sentencias defecto o irregularidad alguna desde una perspectiva formal o procedimental.

f) En suma, habida cuenta de lo expuesto hasta ahora, considero que la decisión de resolver los tres recursos pendientes en el mismo sentido estimatorio que los tres recursos idénticos ya enjuiciados se habría ajustado mejor al espíritu de la reforma del recurso de casación operada por la LO. 7/2015, en cuyo Preámbulo se establecía que "*con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos, la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho*".

En consecuencia, considero que el Pleno debería haber resuelto los tres recursos enjuiciados en el mismo sentido estimatorio que los tres anteriores sentenciados por la Sección Segunda.

### **TERCERO.- Sobre la procedencia de precisar el alcance de la doctrina establecida en las sentencias de octubre.**

En los precedentes Fundamentos he razonado sobre los motivos por los que considero que la estimación de los tres recursos sometidos al enjuiciamiento del Pleno habría sido la solución adecuada. Pero, en mi opinión, esto no habría sido suficiente a la vista de las circunstancias concurrentes.

Los autos de admisión de los recursos ya advertían de que "el reciente criterio contrario sentado por la Sala Primera ha abierto un debate doctrinal que requiere una nueva respuesta por parte de este Tribunal Supremo,



máxime cuando, como pone de manifiesto la entidad recurrente en su escrito de preparación, es una materia que afecta a un gran número de situaciones y tiene una importante trascendencia social, más allá del caso objeto del proceso".

Y, efectivamente, la trascendencia social de la cuestión controvertida se manifestó con toda evidencia durante la celebración de la deliberación plenaria de los recursos, al haberse hecho eco de la misma, con notable intensidad, los diversos medios de comunicación nacionales, tanto de información general como especializados.

A esta trascendencia social innegable cabe unir, además, la incuestionable trascendencia económica que la decisión del Pleno de la Sala Tercera - cualquiera que fuera el sentido de la misma- podría llegar a tener, al incidir directamente sobre el mercado hipotecario en nuestro país, virtualmente paralizado - según las noticias aparecidas en prensa- a la espera de esa decisión.

La consideración conjunta de esas circunstancias a la luz del artículo 3 del Código Civil -que obliga a tener en cuenta en la interpretación de las normas la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas- determinaban la conveniencia y, en mi opinión, hasta la necesidad de que el Pleno, además de estimar los recursos, se pronunciara acerca del alcance que debiera darse a la nueva doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de octubre, una vez ratificada su vigencia.

No ignoro que ese pronunciamiento no era estrictamente imprescindible para resolver esos recursos, ni las dificultades que hubiera conllevado abordar esa tarea. Pero creo que el interés general así lo demandaba y que la responsabilidad que corresponde asumir al Tribunal Supremo -y, en este caso, a su Sala Tercera- en virtud de la esencial posición que ocupa en la estructura del Estado exigía que, en un momento de gran incertidumbre social, que afectaba gravemente al mercado hipotecario en nuestro país, diéramos una respuesta lo más precisa posible a la cuestión del alcance temporal y material que cabría atribuir a la nueva doctrina jurisprudencial que consideraba que el prestatario no era el sujeto pasivo de este tributo.

Ello habría comportado que el Pleno hubiera acometido un debate en profundidad acerca de determinadas cuestiones sin duda delicadas y que hasta la fecha no han sido abordadas conjuntamente por aquél, aunque su importancia haya sido destacada por la doctrina tributarista en alguna reciente publicación. Entre ellas podrían señalarse las siguientes:

- (i) Los efectos temporales vinculados a un cambio de jurisprudencia del Tribunal Supremo;
- (ii) La identificación de quiénes y cuántos eran los agentes o sujetos afectados por el cambio de criterio del Tribunal Supremo;
- (iii) El alcance que pudiera darse a la anulación del artículo 68.2 del Reglamento por la sentencia de 16 de octubre de 2018, teniendo en cuenta que la legalidad del mismo fue expresamente declarada en la sentencia de la Sección Segunda de esta Sala de 20 de enero de 2004 (RC 158/2002);
- (iv) Las consecuencias que para los prestatarios pudieran extraerse de la "asimetría" existente entre el tenor de los artículos 72 y 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -relativos a la anulación de preceptos de disposiciones generales- y el artículo 120.3 de la Ley General Tributaria -relativo a las autoliquidaciones-, en relación con la posibilidad de que aquéllos pudieran instar la devolución de los ingresos indebidamente efectuados en los supuestos en que la autoliquidación presentada no hubiere ganado firmeza; esto es, tanto en supuestos de solicitudes de rectificación de las autoliquidaciones que, no habiendo sido objeto de liquidación administrativa posterior, no estuvieran afectadas por la consumación de los plazos de prescripción, como respecto de aquellos otros casos en los que, tras la presentación de autoliquidación, hubiera mediado una liquidación administrativa, pero ésta no hubiere alcanzado firmeza.
- (v) Las consecuencias que para los prestamistas pudieran derivarse, en su caso, del principio de confianza legítima consagrado en nuestra doctrina jurisprudencial (singularmente, a la vista de la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala Tercera en fecha 13 de junio de 2018, RC 2800/2017), así como en la doctrina del Tribunal General (sentencias de 15 de noviembre de 2018, dictadas por la Sala Novena en los asuntos T-207/10 y T-399/11 RENV) y en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 9 de octubre de 2014, dictada por la Sala Quinta en el asunto C-492/13; sentencia de 22 de junio de 2006, dictada por la Sala Segunda en los asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03; y sentencia de 7 de junio de 2005, dictada por la Gran Sala en el asunto C-17/03; entre otras muchas).

En *conclusión*, considero que el Pleno debería haber ratificado la doctrina emanada de las sentencias de octubre, dictando sentencia estimatoria en los tres recursos enjuiciados, advirtiendo de las dificultades interpretativas suscitadas por la deficiente normativa aplicable y precisando el alcance de aquella doctrina en los términos indicados.



Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que disiento.

D. Fernando Román García

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Don Jorge Rodríguez Zapata Pérez, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ