

El Pleno del TS determina quién es el sujeto pasivo del AJD en los préstamos hipotecarios

[TS Pleno 27-11-18](#)

La Administración gira varias **liquidaciones provisionales** por el concepto AJD en relación con varios contratos de préstamo para financiar la construcción de una promoción de viviendas en régimen de protección pública. En dichas liquidaciones se **rechaza la exención aplicada** por la Empresa Municipal de la Vivienda de un municipio de Madrid en las autoliquidaciones presentadas.

Tras no encontrar amparo en instancias inferiores, la empresa llega al TS argumentando que, conforme a la redacción de la LITP art.29, el sujeto pasivo debe ser quien solicite la expedición de la primera copia o aquella persona en cuyo interés se expida y, a su juicio, esta persona es la entidad prestamista. Asimismo, invoca la doctrina contenida en una sentencia de la **Sala de lo Civil** del TS, en la que se considera al prestamista como sujeto pasivo (TS 23-12-15, EDJ 253610).

Es por dicha sentencia que el **TS admite el recurso** por interés casacional interpuesto, apreciando como cuestión a aclarar la revisión, matización, o ratificación de la doctrina jurisprudencial existente en relación con la condición de sujeto pasivo del AJD en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria, prevista en la LITP art.29.

La mencionada Sala de lo Civil emite años después dos sentencias en la cual rectifica la doctrina evacuada en la referida sentencia, declarando, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo), que el sujeto pasivo es el prestatario (TS Pleno Civil 15-3-18, EDJ 19897; Pleno Civil 15-3-18, EDJ 19898).

Y una última nota discordante, la **Sección Segunda de la propia Sala Tercera** emite el pasado octubre varias sentencias en las que considera como sujeto pasivo al prestamista, lo cual supone un giro drástico en la consolidada jurisprudencia de dicha Sala, sin que se haya modificado la normativa en esta materia o pueda aplicarse otra circunstancia que justifique el cambio (TS 16-10-18, EDJ 595141; TS 22-10-18, EDJ 605094; TS 23-10-18, EDJ 606883).

Teniendo en consideración todo lo expuesto, por acuerdo del Presidente de la Sala Tercera, se avoca el recurso al **Pleno**. Las conclusiones que se extraen de la deliberación son las siguientes:

- en un **negocio jurídico complejo** como el préstamo con garantía hipotecaria, la razón de ser de toda la operación contractual y el negocio jurídico **básico** es el préstamo, siendo la garantía hipotecaria un negocio **derivado** y siervo del anterior, sin el cual no existiría;
- las sentencias dictadas en octubre pasado parten de la consideración de que el préstamo hipotecario constituye una **unidad a efectos tributarios**, que incluye un contrato traslativo de dominio, el préstamo, y un negocio jurídico accesorio, la hipoteca. Y concluyen que hay dos adquirentes a efectos tributarios, el prestatario para el préstamo y la entidad prestamista para la hipoteca. Sin embargo, el préstamo hipotecario ha sido siempre tratado de forma unitaria, no se ha sometido a gravamen en la imposición indirecta el préstamo y su garantía separadamente, sino de manera conjunta, por un solo hecho imponible y no por dos. Se refieren a otra sentencia del propio TS, según la cual, en un préstamo el adquirente es el prestatario, como también ocurre en un préstamo hipotecario, si bien en este último el prestamista queda garantizado con el derecho real de hipoteca, pero sin adquirir tal derecho (TS 20-1-04, EDJ 3351);
- si el **legislador**, a la vista de la jurisprudencia constante, reiterada y uniforme que ha interpretado un precepto que **mantiene la misma redacción** durante más de treinta y ocho años, no lo ha cambiado, no puede ser más que porque considera lo que defiende dicha jurisprudencia. El propio legislador, en la **Ley sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios**, cuya finalidad fue precisamente la de beneficiar a los consumidores en los préstamos hipotecarios dispuso, 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; en buena lógica, tal previsión únicamente podía tener como presupuesto que el legislador consideraba que la condición de sujeto pasivo recaía sobre el consumidor prestatario (L 2/1994 art.7);
- el hecho imponible del AJD 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; y
- por otra parte, se traen a colación dos autos del TCo, que inadmitieron **cuestiones de inconstitucionalidad planteadas** en relación al artículo citado de la LITP (TCo 24/2005; TCo 223/2005).

Por último, sobre la **nulidad del RITP** art.68.2, indican que carece de importancia para la resolución de los recursos el hecho de que el citado artículo haya resultado anulado por las tres sentencias firmes de octubre de 2018. Sin embargo, el Pleno le otorga a dicho artículo un carácter interpretativo o aclaratorio, por lo cual su anulación no resulta relevante a efectos de estas actuaciones del Pleno.

Tras la deliberación y producida la **votación** que da un resultado de 13 a 15 votos, se exponen brevemente las posturas mayoritaria y minoritaria:

Postura mayoritaria

Resulta mayoritaria la posición que refrenda continuar con la abundante jurisprudencia existente a este respecto. El Pleno del TS determina que no puede ni asumir ni ratificar el cambio jurisprudencial acometido por la Sección Segunda de la propia Sala, y resuelve la cuestión de interés casacional planteada concluyendo que:

- el sujeto pasivo en el impuesto sobre 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, ello con base en la [LITP art.29](#);
- esta declaración 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 en octubre de 2018; y
- el efecto de las tres sentencias citadas, queda reducido al ámbito procesal de los recursos resueltos en ellas.

Postura minoritaria

Por otra parte, la postura minoritaria formula varios **votos particulares**, entre los razonamientos que sostienen su discrepancia se extractan los siguientes, de forma muy somera:

1. En cumplimiento del principio de reserva de ley en materia tributaria, aunque exista una **defectuosa técnica legislativa** que dificulta su interpretación, el TS no puede asumir funciones del poder legislativo, sobrepasando los límites de la interpretación de las normas tributarias. Una posible **solución** que hubiera evitado esta situación habría sido interponer cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial ante el TJUE.

2. En relación a la **convocatoria del Pleno**, aunque es cierto que la misma cuenta con el requisito subjetivo requerido por la LOPJ, es decir, la apreciación de su necesidad por el presidente, no es menos cierto que, en este caso, **no concurren las circunstancias objetivas** necesarias (LOPJ art.197).

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.

No cabe confundir la avocación a Pleno con un remedio para decidir si un **cambio jurisprudencial** debe ser o no confirmado, es decir, revisar, confirmar o modificar la jurisprudencia establecida por la Sección competente sin que se den las circunstancias necesarias.

3. Siendo que el Pleno entendió que las sentencias de octubre de 2018 estaban perfectamente fundadas, desde un punto de vista técnico, se recuerda que atendiendo al 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 debe operar en ambas direcciones, el criterio de las mismas debería haberse respetado.

El TS en las sentencias de octubre de 2018 creó una **nueva doctrina jurisprudencial** debidamente motivada y justificada, aunque debería haber sido determinado su alcance. Este cambio está justificado no solo porque se han producido modificaciones en la realidad social del momento que lo hacen necesario, sino además porque no puede sostenerse que un cambio jurisprudencial requiera necesariamente de un cambio normativo. El principio de seguridad jurídica (Const art.9.3) no puede ser por sí solo un freno para el cambio jurisprudencial.

Sin embargo, el **cambio de criterio del Pleno** del TS no queda justificado al existir plena identidad de las circunstancias: no haber existido acontecimientos con relevancia jurídica, ni ningún cambio normativo que lo avale.

4. Cualquier **pronunciamiento de la Sala Civil** en materia tributaria, debe serlo únicamente con carácter de pronunciamiento prejudicial, sin valor de jurisprudencia y sin efecto fuera del proceso concreto en que se produzca (LEC art.42.2).

5. La **confianza social** en la Administración de Justicia queda gravemente quebrantada si después de un cambio jurisprudencial extensamente argumentado, el más alto órgano jurisdiccional del Estado en pocos días afirma una cosa y su contraria.

Nota: Las tres sentencias objeto de esta novedad versan sobre el mismo supuesto de hecho y existe identidad en las partes, por lo que su análisis se ha llevado a cabo de forma unitaria, de la misma manera que en el texto de cada sentencia se han nombrado conjuntamente las otras dos (TS Pleno 27-11-18, EDJ 641985; 27-11-18, EDJ 641973).