

1.3. Derechos reales

¿Quién debe pagar el impuesto de Actos Jurídicos Documentados? Reflexión sobre los beneficios de la garantía hipotecaria y sus destinatarios

Who should pay the tax of Documented Legal Acts? Reflection on the benefits of the mortgage guarantee and its recipients

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil

Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: Los cambios jurisprudenciales a los que nos hemos visto sometidos en los últimos meses acerca de a quién corresponde el pago del impuesto de Actos Jurídicos Documentados ha generado gran inquietud, no solo a nivel jurídico, si no sobre todo financiero.

La STS de 16 de octubre de 2018 ha modificado el criterio jurisprudencial existente hasta ahora sobre quién es el sujeto pasivo, y por tanto, obligado, a pagar el impuesto sobre actos jurídicos documentados (IAJD) al que se ve sometido el otorgamiento de escritura pública para la constitución de la hipoteca que garantiza el préstamo hipotecario. Se pretende en este trabajo poner de relieve quién resulta beneficiado por la constitución de la garantía hipotecaria, cuáles son sus ventajas y qué supone o aporta el que exista la garantía real en un préstamo frente a aquellos préstamos que carecen de ella. No pretendemos analizar desde el punto de vista de la técnica jurídica tributaria quién es realmente el sujeto gravado sino, solo, ofrecer desde la perspectiva civil, las cualidades o beneficios que ofrece la hipoteca y a quién se los otorga, así como analizar la naturaleza del acto que se grava, por si puede servir, partiendo de esa base, para replantearse quién debería pagar entonces el impuesto AJD conforme al artículo 68.2 Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

ABSTRACT: *The jurisprudential changes that we have been subjected in recent months about who owes the payment of the Tax on Documented Legal Acts has generated great concern, not only at a legal level, but above all financially. The judgement of October 16, 2018 has modified the existing jurisprudential criterion about who is the taxpayer of the tax on documented legal acts (IAJD) in a mortgage loan. The purpose of this paper is to highlight who is benefited by the constitution of the mortgage guarantee, what are its advantages and what does the real guarantee in a loan entail or contribute to, compared to loans that lack it. We do not intend*

to analyze from the point of view of tax legal technique who is really the taxable subject but, only, offer from the civil perspective, the qualities or benefits offered by the mortgage and to whom it is granted, as well as analyze the nature of the act that is taxed, in case it can be used, starting from that base, to rethink who should pay then the AJD tax in accordance with art 68.2 Regulation of Transfer Tax and Documented Legal Acts.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca. Impuesto AJD. Garantía. Inscripción constitutiva. Crédito territorial.

KEY WORDS: Mortgage. AJD tax. Guarantee. Constitutive registration. Territorial credit.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: I.1 LA HIPOTECA Y EL IMPUESTO SOBRE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS.—II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: REVISIÓN JURISPRUDENCIAL: II.1. DOCTRINA ANTERIOR A LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2018. II.2. DOCTRINA DE LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2018: A) *La inscripción constitutiva de la hipoteca. B) Contenido material del documento. C) Hay que interpretar correctamente el artículo 29 TRLITPAJD.*—III. QUIÉN RESULTA BENEFICIADO POR EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: REVISIÓN CRÍTICA DE LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2018: III.1. LA HIPOTECA TIENE INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA PERO NO ES EL ÚNICO ACTO INSCRIBIBLE, NI EL PRINCIPAL. III.2. EL ACREDOR HIPOTECARIO NO ES EL ÚNICO INTERESADO O BENEFICIADO POR LA INSCRIPCIÓN Y CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE HIPOTECA. III.3. EL ADQUIRENTE DEL DERECHO ES EL PRESTATARIO.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El vaivén jurisprudencial al que nos hemos visto sometidos en los últimos meses acerca de a quién corresponde el pago del impuesto de Actos Jurídicos Documentados que grava la escritura pública en que debe constituirse la hipoteca, ha generado no solo inseguridad jurídica, sino incluso inseguridad en el mercado financiero, y por tanto, de nuevo, signos de alerta en el mismo.

La cuestión no es baladí pues con el cambio jurisprudencial que se ha producido, los bancos se van a ver obligados a asumir el costo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (a partir de ahora, IAJD) en su cuenta de resultados, cuando hasta ahora ese impuesto era asumido en su totalidad por el deudor hipotecario al ser considerado como el único obligado a su pago, tal y como determinaba el segundo párrafo del artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que la reciente STS de 16 de octubre de 2018 acaba de declarar nulo.

En efecto, y como luego veremos, esta sentencia del Tribunal Supremo ha supuesto un giro jurisprudencial importantísimo, puesto que otras sentencias anteriores de marzo de este mismo año habían determinado que el sujeto pasivo del impuesto era —como dice el Reglamento— el prestatario, o deudor hipotecario en nuestro caso. Sin embargo, con anterioridad a estas sentencias de marzo de 2018, existía una gran confusión entre los tribunales menores: con base en la

STS de 23 de diciembre de 2015, que abogaba por la obligada partición de los gastos derivados de los préstamos hipotecarios, incluidos los tributos, algunas sentencias fallaron que correspondía por partes iguales a prestamista y prestatario pagar los gastos tributarios, otras que debía seguir asumiéndolo el prestatario y otras que debía asumir el IAJD el prestamista, generándose, por tanto, un vaivén jurisprudencial en los últimos meses entre 2015 y 2018. Con anterioridad a estas fechas, no se cuestionaba quién debía asumir el pago de ese impuesto, puesto que el artículo 68.2 del Reglamento, lo dejaba bien claro: el prestatario.

Con la nueva sentencia del Supremo de octubre de 2018, se aviva la polémica y ahora hay que replantearse quién es el sujeto pasivo de este impuesto: el prestamista (acreedor hipotecario) o el prestatario (deudor hipotecario).

No pretendemos dar una solución a este problema, pues es el Tribunal Supremo el que con su interpretación lo va a aclarar; pero sí queremos pararnos a reflexionar en este trabajo sobre las ventajas y beneficios que la hipoteca otorga a ambas partes, con el fin de esbozar nuestro criterio interpretativo del artículo 68 del Reglamento, pues sabiendo a quién beneficia, podríamos considerar, quién es —o debería ser— el obligado. Igualmente, nos detendremos en el análisis de la naturaleza jurídica desde el punto de vista civil del préstamo hipotecario, que influye en determinar cuál es el negocio principal, y por tanto el derecho que se obtiene y su adquirente.

Para ello, empezaremos por detenernos en las relaciones entre el IAJD y préstamo hipotecario, que es el garantizado con un derecho real de hipoteca. ¿Por qué aparece el IAJD a la hora de contratar este préstamo?

I.1. LA HIPOTECA Y EL IMPUESTO SOBRE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

La hipoteca es un derecho real de inscripción constitutiva que sujeta un determinado bien inmueble al cumplimiento de una obligación para cuya seguridad fue constituida (arts. 1875 y 1876 CC); de este modo, incumplida la obligación (el préstamo en el caso que se analiza), el acreedor (prestamista) puede realizar el bien que se le ofreció en garantía, venderlo y cobrar con el dinero obtenido su crédito.

Una de las características propias de la hipoteca, que la hacen diferente al resto de derechos reales, es su inscripción constitutiva. Quiere decir esto que si la hipoteca no se inscribe, no nace el derecho real de hipoteca que asegura el crédito y que, por lo tanto, si no se inscribe en el Registro de la Propiedad, sus funciones de aseguramiento, de afección y de prioridad —derivadas de su carácter de derecho real de garantía— no existen ni tienen virtualidad alguna.

Para la inscripción de este derecho en el Registro de la Propiedad es necesario, como exigencia del principio de legalidad registral, que conste en escritura pública (arts. 3 LH y 33 RH), pues de lo contrario no puede acceder al mismo.

Al ser necesario su otorgamiento en escritura pública para inscribirse, y además, ser necesaria su inscripción para su nacimiento o constitución entre las partes, pues si no se inscribe no produce su función propia de garantía, se puede concluir que si no se constituye la hipoteca en escritura pública (documento notarial), no hay o no puede haber garantía y seguridad (arts. 1875 CC y 145 LH).

Luego, si queremos tener una hipoteca, esta debe constar en escritura pública, y resulta que las escrituras públicas como documentos notariales que son están sujetas al IAJD.

El impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados es un gravamen que se aplica a los actos formalizados en documentos públicos, inscribibles y con cuantía

económica, como es el caso de las compraventas de viviendas y las hipotecas. El IAJD en las hipotecas se calcula sobre la responsabilidad hipotecaria, es decir, la cantidad de dinero de la que responde la finca hipotecada, que no coincide con el principal del préstamo, sino que suele ser mayor que este, porque la responsabilidad hipotecaria cubre el principal, intereses (moratorios y remuneratorios), costas y gastos.

El porcentaje de IAJD que debe aplicarse a la responsabilidad hipotecaria varía según las CCAA, pues está transferido a las mismas, pero oscila entre un 0,5% de Navarra y País Vasco al 1,5% de la mayoría de las comunidades (Aragón, Andalucía, Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha y Castilla-León, Murcia...), en su tipo normal, pues luego existen reducciones según se trate de vivienda habitual, para discapacitados, en rehabilitación...

Es decir, supongamos que sobre un préstamo de 300.000 euros para la adquisición de la vivienda, la responsabilidad hipotecaria del mismo se establece en 420.000 (en torno a un 40% más del principal para particulares, de media), el IAJD medio al 1,5% supone que el deudor hipotecario tiene que pagar por este impuesto unos 6300 euros, cantidad muy importante.

Pues bien ¿quién debe pagar esa cantidad?

El artículo 68 RD establece lo siguiente: «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.

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

Teniendo en cuenta la redacción del párrafo segundo, hasta ahora, la norma dejaba claro que en los préstamos hipotecarios no había que entrar ni siquiera a analizar el primer párrafo, aplicable a otros supuestos, ya que si se trataba de un préstamo con garantía (caso del préstamo hipotecario) es el prestatario —deudor hipotecario— quien debía hacerse cargo de aquél. De igual forma, en la mayoría de los ordenamientos vecinos, corresponde el pago de este impuesto al prestatario, siendo este el sujeto comúnmente afectado y así considerado, hasta ahora¹.

Sin embargo, tras la STS de 16 de octubre de 2018, el segundo párrafo queda sin efecto porque el Alto Tribunal lo considera nulo, al contravenir la Ley de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en concreto, su artículo 29 que no recoge ese segundo párrafo². Si esto es así, para saber quién debe pagar el impuesto habrá que acudir al primer párrafo. Y este nos dice que deberá pagarla el adquirente del derecho (que parece que ya no es el deudor), o en su defecto los que lo soliciten o aquellos en cuyo interés se expidan los documentos.

Son tres las opciones que nos da el artículo 68.1: adquirente del bien, el que lo solicite, o aquel en cuyo interés se expida el documento.

Si el bien que se adquiere mediante el acto jurídico documentado en cuestión, es el derecho de hipoteca, su titular es claro que es el acreedor hipotecario o prestamista, pero si consideramos que se trata de un préstamo hipotecario de especiales características, y con una unión funcional clara, su titular es el deudor hipotecario o prestatario, pues es quien adquiere el préstamo. El que «solicite» los documentos, puede ser cualquiera, tanto el acreedor, como el deudor, porque este criterio está estrechamente relacionado con el siguiente: quien tenga interés en que se expida el documento. ¿Y quién tiene interés en que se expida la escritura de hipoteca? ¿Quién resulta beneficiado por la constitución de la hipoteca?

Esa es la cuestión que, a mi juicio, debe dilucidarse, y sobre la que voy a llevar a cabo estas reflexiones.

El punto de partida de las mismas es por tanto el siguiente: la relación entre el IAJD y la hipoteca es clara, porque esta para nacer necesita de la escritura pública, documento notarial que está gravado con IAJD, siendo necesario averiguar para saber quien lo paga, quién es aquella persona en cuyo favor se expide, es decir, quién está interesado y/o beneficiado por la hipoteca, y cómo se relaciona esta con el préstamo que garantiza, pues según sea su vinculación y principalidad, podremos defender distintas posturas a cerca del sujeto pasivo del impuesto.

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

II.1. DOCTRINA ANTERIOR A LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2018

Con la redacción indubitable del artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la jurisprudencia no se planteaba esta cuestión, y correspondía pagar este impuesto en un préstamo hipotecario al deudor hipotecario, prestatario y sujeto pasivo del impuesto, al ser considerado adquirente del mismo por el segundo párrafo del artículo 68.

No existía, antes de 2015, prácticamente ninguna discusión ni doctrinal ni jurisprudencial al respecto. Parecía clara la intención del legislador de que el sujeto pasivo del impuesto fuera el prestatario, no solo por la dicción literal del reglamento, sino porque si hacemos una interpretación sistemática del mismo, se puede comprobar cómo esa es la idea en distintos preceptos legales, a saber: a) el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITPAJD) dispone que estará obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en la «constitución de derechos reales», aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c); y en la «constitución de préstamos de cualquier naturaleza», el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el artículo 15.1 LITPAJD 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; luego, es fácilmente entendible y reconducible el párrafo segundo del artículo 68.2 RD, ya que no hace sino concretar lo que la propia ley dice: los préstamos hipotecarios tributan como préstamos (no como derecho real de hipoteca) y por eso, el sujeto pasivo obligado es el que recibe el préstamo, el deudor hipotecario. b) Además, muchas las deducciones autonómicas de este impuesto se hacen en función de características del prestatario (discapacitados, jóvenes, familias numerosas...) lo que hace creer que no hay duda de que es él el sujeto pasivo, porque si fuera el prestamista o entidad financiera ¿por qué se le iba a aplicar si no esas deducciones?; del mismo modo, en la Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios de 1994, se establece una exención del IAJD para que no la pague el prestatario, ya que su finalidad era facilitarle al deudor hipotecario el cambio de acreedor. Todo ello nos lleva a considerar que en la mente del legislador siempre ha estado la idea de que el sujeto pasivo, por ser el adquirente del préstamo y beneficiado con la hipoteca, era el prestatario, pues de otra forma no podría acceder a mayor financiación, ni mejorar en consecuencia su renta, y nivel de vida.

De este modo, la jurisprudencia anterior a la propia sentencia del TS de 23 de diciembre de 2015, confirmaba esta tesis. Baste ver las SSTS de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Contencioso-Administrativo) que en numerosas ocasiones

han considerado que el obligado al pago del IAJD en los préstamos hipotecarios, por la unidad del hecho imponible, es el prestatario (19 de noviembre de 2001; 20 de enero de 2004; 14 de mayo de 2004; 20 de enero de 2006; 27 de marzo de 2006; 20 de junio de 2006; 31 de octubre de 2006; 6 de mayo de 2015; y 22 de noviembre de 2017).

Pero, llegó la STS de 23 de diciembre de 2015, esta vez de la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal. En ella se modificó parcialmente lo comúnmente admitido hasta entonces.

La sentencia de 23 de diciembre de 2015 consideró que resultaba abusiva —y por tanto nula— la cláusula que atribuye todos los gastos que genera un préstamo hipotecario —incluidos por tanto los tributarios—, a falta de negociación, al prestatario consumidor (deudor). Se basó en el artículo 89.3 TLDCU que, aunque pensado para la compraventa, considera abusiva la cláusula que atribuye en exclusiva al consumidor los gastos de documentación de la compraventa de vivienda. De este modo, entendió la sentencia que si no existía pacto sobre ello, esos gastos (notariales, registrales, tributarios, tasación, seguros) no podían ser asumidos en exclusividad por el prestatario, y debían asumirse entre la entidad financiera prestamista y el deudor hipotecario prestatario. Estos gastos son elevados, porque además de los tributos hay que pagar los gastos notariales y registrales para la constitución de la hipoteca (escritura pública más inscripción) y si, además, se ha producido la adquisición de la vivienda por compraventa, habrá que añadir los propios de esta: IAJD y ITP, así como igualmente los gastos notariales y registrales para la inscripción de la nueva propiedad en el Registro. Todo ello supone un esfuerzo económico muy importante para el adquirente del inmueble hipotecado.

Esta sentencia confirma, entonces, que no pueden atribuirse en exclusiva todos estos gastos al consumidor y que debe hacerse un reparto de los gastos entre las partes interesadas según corresponda e interese.

Del mismo modo, en materia tributaria, condenó que se atribuyera en todo caso al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas cuando, según la legislación, los sujetos pasivos pueden ser diferentes, en función de hechos imponibles también diferentes.

En concreto, y sobre el pago del IAJD, después de repasar los preceptos legales y reglamentarios que lo regulan, afirmó que no debían ser pagados en exclusiva por el deudor hipotecario, sino que debía asumirlos el prestamista, señalando 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 artículo 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».

Es decir, el obligado al pago del IAJD según esta sentencia es el prestamista, banco o acreedor hipotecario, en contra de lo sostenido hasta entonces por la Sala 3.^a del TS, al igual que debe participar en el resto de gastos notariales y registrales de la constitución del préstamo hipotecario, tal y como recoge en sus fundamentos, que en cada caso debe decidirse quien los asume.

Tras la STS de 23 de diciembre de 2015, y con un ambiente social, doctrinal y judicial proclive a la protección del consumidor y que mira con recelo cualquier posible abuso por parte de las entidades bancarias en los préstamos hipotecarios, se produjeron una pluralidad de reclamaciones solicitando la devolución de estos gastos (incluido el IAJD) ante los tribunales. Como consecuencia de las mismas, surgen pronunciamientos dispares, atribuyendo de manera desordenada unos gastos a un sujeto y otros a otro, y con respecto al IAJD, se declaró que a veces correspondía por partes iguales al prestamista y prestatario, o solo a uno de ellos, generando inseguridad. Así, en primera instancia, la mayoría de las sentencias rechazaban la restitución del IAJD a favor del consumidor, con base en los preceptos legales, pero en Audiencias Provinciales existe una mayor disparidad de criterios. En este sentido, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA³ ofrece una muestra de estas sentencias contradictorias en las que los diferentes gastos de la hipoteca (notariales, registrales, tributarios, seguros) se reparten de forma distinta. Baste ver: SAP Las Palmas de 6 de julio de 2017 entiende que los gastos de Notaría y Registro corresponden al Banco, y el IAJD al deudor, más el seguro y tasación; por su parte, SAP Huelva de 19 de diciembre de 207 entiende que corresponde al banco la tasación y notario, mientras que el IAJD al deudor; la SAP Coruña de 18 de octubre de 2017 atribuye a medias los gastos de Notaría, y el IAJD al deudor; SAP La Rioja de 31 de octubre de 2017 considera que deben pagarse a medias tanto la Notaría como Registro, mientras que el IAJD corresponde al deudor.

Y se llegó a las sentencias de 15 de marzo de 2018, STS números 148 y 149 de la Sala Primera del Alto Tribunal, que parece que pusieron paz en este revuelto asunto. El Tribunal Supremo confirma en estas sentencias que el principal obligado al pago del IAJD es el prestatario —deudor—, como ha sido hasta entonces, separándose en parte de la sentencia de 2015. Sin embargo, introduce una novedad o matiz, distinguiendo en ese impuesto entre la cuota fija y la variable, que distribuye entre ambos sujetos (prestamista y prestatario). Correspondrá el pago de la cuota variable (la mayor y la que grava la constitución en documento notarial, cuyo importe es entre el 75-80% del impuesto) al prestatario, y el pago de la parte de la cuota fija (mucho menor, y correspondiente al timbre y copias de la matriz, entre un 10-15%) al prestamista pues también es interesado en obtenerlas.

La sentencia afirma lo siguiente: «5. En cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados por la documentación del acto —préstamo con garantía hipotecaria— en escritura pública (arts. 27.3 y 28 LITPAJD y 66.3 y 67 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados —en adelante, el Reglamento—), tiene dos modalidades:

- a) Un derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento).
- b) Un derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y sigs. del Reglamento).

El artículo 29 LITPAJD, al referirse al pago del impuesto por los documentos notariales, dice:

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

Pero el artículo 68 del Reglamento del Impuesto contiene un añadido, puesto que tras reproducir en un primer párrafo el mismo texto del artículo 29 de la Ley, establece en un segundo apartado:

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

Aunque se ha discutido sobre la legalidad de dicha norma reglamentaria, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a la que antes hemos hecho referencia no ha apreciado defecto alguno de legalidad (por todas, sentencia de 20 de enero de 2004). Y como hemos visto, el Tribunal Constitucional también ha afirmado su constitucionalidad.

Así pues, en lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del artículo 68 del mismo Reglamento.

Y en cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y sigs. del Reglamento), habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas.

Respecto de la matriz, conforme al ya citado artículo 68 del Reglamento y la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, corresponde el abono del impuesto al prestatario. Salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor —por la obtención del préstamo—, como el prestamista —por la hipoteca—, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016).

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

A partir de esta sentencia de marzo de 2018 parece que se ponía fin a las reclamaciones por parte de los consumidores sobre los gastos tributarios, pues sus expectativas de cobro se reducían en un 75-80% de las cantidades abonadas, al corresponderles a ellos la mayor parte del impuesto⁴. Parecía una cuestión zanjada, asumida y clara.

Sin embargo, la reciente sentencia de 16 de octubre de 2018 ha vuelto a introducir variaciones, y por lo tanto, de nuevo, una gran inseguridad jurídica.

II.2. DOCTRINA DE LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2018

La sentencia de la Sala Tercera del TS de 16 de octubre de 2018, como ya hemos señalado anteriormente, viene a producir un pequeño terremoto en la jurisprudencia sobre cláusulas abusivas y préstamos hipotecarios, occasionando un importante giro jurisprudencial, que dejaba de nuevo abierta la vía de numerosas reclamaciones por parte de los consumidores exigiendo a sus bancos

la devolución del pago del IAJD, que ellos asumieron, y que ahora, según esta sentencia, parece que corresponde al banco, prestamista.

El importe de estas reclamaciones es muy elevado, pues ya hemos comentado antes como este impuesto oscila entre el 0,5 y el 1,5% de la responsabilidad hipotecaria, lo que puede suponer millones de euros que deban asumir de nuevo los bancos.

La inseguridad jurídica, desde luego, está asegurada y sobre la mesa, no sabemos a qué atenernos, pero lo que es más grave es la inseguridad e inestabilidad que este fallo puede provocar en el sistema financiero y bancario de este país, sobre todo, si el TS (reunido en el momento de redactar estas líneas para la deliberación de este asunto), decide que esa devolución sea con efectos retroactivos⁵.

Expliquemos los hechos y los fundamentos principales de esta sentencia.

Se recurre una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, impugnada en casación por la representación procesal de la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, S.A., para determinar si es o no conforme a Derecho, en cuanto a su pronunciamiento sobre el sujeto pasivo del IAJD, en relación a la interpretación los preceptos contenidos en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y en su reglamento de desarrollo relativos al sujeto pasivo de la segunda de aquellas modalidades y, más concretamente, en los casos en los que es objeto de gravamen una escritura pública en la que se documenta un préstamo con garantía hipotecaria.

El Tribunal Supremo, y en contra de las sentencias y doctrina mantenida por esta Sala hasta el momento, establece y entiende que el sujeto pasivo de dicho impuesto en un préstamo hipotecario es el prestamista, acreedor hipotecario, porque resulta el más beneficiado del acto que se grava, de la hipoteca: «el obligado al pago de los tributos es el acreedor hipotecario, sujeto en cuyo interés se documenta en instrumento público el préstamo que ha concedido y la hipoteca que se ha constituido en garantía de su devolución» (Fundamento 3.^º STS de 16 de diciembre de 2018).

El Tribunal, después de exponer los preceptos legales que deben aplicarse, explicar el concepto de este tributo, y recoger la doctrina jurisprudencial anterior contraria a su pronunciamiento, y que considera al prestatario como sujeto pasivo, en su Fundamento 5.^º recoge los argumentos para sostener esta postura, que se resumen en tres:

A) *La inscripción constitutiva de la hipoteca*

El hecho gravable del IAJD es el documento notarial cuando incorpora actos o contratos inscribibles. La inscribibilidad del acto contenido en un documento notarial es lo que determina la sujeción al IAJD, pues «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».

Pues bien, partiendo de esa base, el Tribunal entiende que el préstamo por si solo no es inscribible, y no tiene acceso al Registro de la Propiedad, por ser un derecho personal (art. 2 LH), mientras que la hipoteca, no solo es inscribible (como derecho real de garantía), sino que es de constitución registral. Y esto le lleva a concluir que «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 hipo-

tecaria, pues 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, solo la hipoteca lo es».

Luego, parece que es solo la hipoteca el acto inscribible, y por tanto al que se refiere el impuesto, como objeto principal, a efectos hipotecarios.

Mientras que el préstamo, al no inscribirse en el Registro, no puede ser considerado como el negocio principal al que afecta el impuesto. En este sentido afirma: «si seguimos considerando al préstamo como principal, no tendría demasiado sentido someter al gravamen un negocio jurídico no inscribible solo por la circunstancia de que exista un derecho real accesorio constituido en garantía del cumplimiento de aquél».

B) Contenido material del documento

El segundo de los argumentos del Tribunal Supremo se refiere al «contenido material del documento», es decir: la cuota variable del IAJD se calcula tomando como base no la cuantía del préstamo, principal, aisladamente considerado, sino la responsabilidad hipotecaria que engloba, tanto la cuantía del préstamo como los intereses remuneratorios que esta genera, los moratorios y las costas y gastos (art. 30 LITPAJD). Si esto es así, continúa el Tribunal, es porque el principal aspecto —y único— que el legislador ha tenido en cuenta en este artículo es la hipoteca. Y confirma su idea, añadiendo que «máxime si se tiene en cuenta que aquellos extremos (los intereses, las indemnizaciones o las penas por incumplimiento) solo 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 dijimos, la acción solo podrá ejercitarse «sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento»).

Es decir, la hipoteca (la responsabilidad hipotecaria) es la base de cálculo del impuesto, porque es lo principal en este negocio complejo, y es la que justifica o da base a la ejecución directa, rápida y sumaria, a través de la acción hipotecaria, que lleva a cabo realización de la hipoteca y facilita el cobro de la deuda por el acreedor hipotecario.

Entiende el Alto Tribunal que la capacidad contributiva que se pone de manifiesto en el préstamo hipotecario, no es la del prestatario, (que recibe el dinero y debe devolverlo) sino, claramente la del acreedor hipotecario, único interesado en que se constituya e inscriba la hipoteca.

C) Hay que interpretar correctamente el artículo 29 TRLITPAJD

En tercer lugar, afirma que cuando este artículo establece que será sujeto pasivo del IAJD «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», debemos de entender que la expresión «en su defecto», debe interpretarse no solo cuando no exista un adquirente del derecho, sino, también cuando no se sepa determinar claramente quién es el adquirente del mismo, como ocurre en el préstamo hipotecario, que es un negocio complejo y puede haber dos adquirentes: prestatario (del préstamo), y el prestamista (de la hipoteca)

Por eso, acudimos al criterio de «el que tenga “interés” en la expedición de los documentos» (la escritura pública de préstamo hipotecario) que para el tribunal es sin lugar a dudas 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 esta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad».

Termina subrayando este argumento con la idea de que, si existe un hipotecante no deudor, no es lógico que corresponda pagar el impuesto a una persona ajena a la hipoteca y con una base que incluye conceptos distintos a los que dice la ley, y por ello debe entenderse que el obligado es el acreedor. Luego volveré sobre este argumento, a mi modo de ver, insostenible⁶.

Por último, y para terminar su argumentación, salva el esfuerzo del claro y transparente segundo párrafo del artículo 68 del Reglamento, diciendo que en su correspondiente artículo legal (art. 29 de la Ley), nada se dice sobre el concreto sujeto pasivo del IAJD en préstamos hipotecarios, como sí lo dice su semejante para el ITP, en el artículo 15 de la Ley. Luego, si en la Ley, pudiendo haberlo dicho, el legislador nada dice, ha de entenderse que no puede aplicarse lo establecido en el 15 para el 29. Y por tanto, el párrafo 2.^º del artículo 68 debe ser nulo por contradecir la Ley.

El Tribunal Supremo explica así sus argumentos a favor de que el sujeto pasivo del impuesto sea el acreedor hipotecario. Esta sentencia tiene dos votos particulares, uno de ellos es favorable al fallo, y el otro sin embargo es contrario al mismo, y entiende que el sujeto obligado es el prestatario, fundamentando su argumento principalmente en el hecho de que no puede distinguirse a los solos efectos tributarios cuál es el negocio principal, cuyo sujeto determinará a su vez el obligado al pago del impuesto, sino que en virtud del artículo 2.1 y 3.1 LTPAJD debe acudirse a la naturaleza del propio negocio, es decir, debe determinarse desde el punto de vista del Derecho civil, cuál es el negocio principal (hipoteca o préstamo) a la hora de establecer el sujeto obligado. Este argumento junto con los que a continuación se van a exponer, constituyen nuestro argumentario contrario a esta sentencia.

III. QUIÉN RESULTA BENEFICIADO POR EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: REVISIÓN CRÍTICA DE LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2018

Vistos los argumentos del TS, comprobamos cómo la mayoría de ellos descansan en el fondo sobre esta tesis: según quien sea el beneficiado por la hipoteca, por el derecho real —que es la que se documenta en título público—, será ese el que deba asumir el impuesto. Repasamos los argumentos del Tribunal desde esta perspectiva, haciendo observaciones críticas a los mismos, y exponiendo nuestros argumentos, pues no compartimos que el único favorecido por la hipoteca sea el prestamista, ni que sea esta el negocio principal a efectos del impuesto.

III.1. LA HIPOTECA TIENE INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA PERO NO ES EL ÚNICO ACTO INSCRIBIBLE, NI EL PRINCIPAL

El Alto Tribunal afirma que el negocio principal a los efectos tributarios es la hipoteca pues solo esta se inscribe en el Registro, y por tanto, es la única que genera el IAJD, por su inscripción constitutiva, mientras que el préstamo —personal— queda fuera del Registro y en consecuencia no podría generar IAJD.

Afirmar que el préstamo queda fuera del Registro, que no es el negocio principal y, en consecuencia y por tanto, no sujeto al IAJD, es —en mi opinión— desconocer la realidad.

El préstamo es un contrato, y por lo tanto tiene carácter personal, y en principio no necesita —ni puede— inscribirse en el Registro, pues no es necesaria su oponibilidad frente a terceros. Pero, cuando va acompañado de la garantía real hipotecaria, no solo puede acceder al Registro, sino que debe hacerlo necesariamente.

El principio de especialidad registral exige que todos los elementos de la situación jurídico real inscribible queden perfectamente determinados, y en concreto, la situación jurídica inscribible aquí, es el préstamo hipotecario, como una unidad formada por dos elementos en relación de accesoriiedad funcional, donde la hipoteca no tiene sentido sin el préstamo que asegura o garantiza, pues ella sola, sin nada que asegurar, no tiene ni misión ni existencia. De este modo, y sin que seamos partidarios de la tesis de la unidad del crédito hipotecario⁷, no cabe duda de que estos dos elementos —préstamo e hipoteca— están unidos por su función, y ambos acceden al Registro. Así lo exige el artículo 12 LH cuando especifica que al inscribirse la hipoteca habrá de inscribir también «el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración».

El hecho de que la hipoteca sea accesoria respecto al crédito quiere decir que depende en su existencia de él, sin llegar a ser un solo elemento. Por eso, registralmente, siguiendo esta tesis se inscribirá el crédito más la hipoteca, aunque, eso sí, conectados indisolublemente, sin llegar a integrarse. El crédito se incorpora al Registro de la mano del derecho real de hipoteca, como referencia de esta, pues de aquél depende.

No puede inscribirse la hipoteca sin la obligación que garantiza, y si así fuera, el Registrador rechazaría esa inscripción, puesto que no cabe una hipoteca abstracta en nuestro ordenamiento⁸. Será el propio préstamo hipotecario el objeto de inscripción en el Registro, así lo demuestra la realidad de la práctica hipotecaria, pues se inscribe tanto la obligación como la garantía, juntos; no siendo fácil distinguir a simple vista, donde empieza uno y acaba el otro en la propia inscripción.

De este modo, funcionan como binomio en cuanto a su función e inscripción y, por lo tanto, no es factible la argumentación del Tribunal de que sea la hipoteca lo principal a efectos tributarios, pues no es lo único que se inscribe (debe entrar junto con la obligación asegurada) y ni siquiera tiene la función más importante, o los efectos positivos de esa inscripción se derivan únicamente para el acreedor. Coincidimos con el segundo voto particular, en el sentido de que, civilmente, la hipoteca no es el negocio principal, sino el accesorio o funcionalmente accesorio, cuando no sea incluso algo más próximo a una entidad diferente⁹. Como afirma el magistrado Dimitri Berberoff en su voto particular, no cabe separar el crédito y la hipoteca a efectos tributarios cuando a efectos civiles el préstamo hipotecario es una unidad funcional y económica.

III.2. EL ACREDOR HIPOTECARIO NO ES EL ÚNICO INTERESADO O BENEFICIADO POR LA INSCRIPCIÓN Y CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE HIPOTECA

Afirma el Tribunal Supremo que hay que interpretar correctamente el artículo 29 LITPAJD, pues cuando no esté claro quien es el sujeto pasivo (como,

dice, en este caso: ¿prestamista o prestatario?), lo será ¡aquel en cuyo interés se expidan (los documentos)! Y estos, concluye, son únicamente los acreedores hipotecarios.

Es cierto que si no inscribimos el derecho de hipoteca en el Registro, esta no nace, ni siquiera entre las partes, porque su inscripción es constitutiva. Y es verdad que, *a priori*, esa inscripción (que es la que en definitiva justifica el IAJD), parece que solo favorece al acreedor hipotecario-prestamista, titular de la hipoteca.

Ésto es así porque:

a) Sin la inscripción el titular de un derecho de hipoteca no puede oponer su derecho frente a otros titulares que no tengan protección registral —al contrario de lo que ocurre con otros derechos reales—; ni mucho menos frente a otros titulares inscritos; ya que el acreedor hipotecario no puede oponer su derecho, si no está inscrito, frente a un propietario posterior, ni tiene preferencia frente a acreedores posteriores que hayan inscrito su derecho.

b) Sin la inscripción no surgen acciones reales derivadas de la hipoteca: ni la acción real registral (art. 41 LH), ni la acción hipotecaria (art. 131 LH).

c) Sin la inscripción registral no existe la sujeción de los bienes del deudor a la obligación asegurada. Sin esta sujeción, ni preferencia en la realización en dichos bienes, no existe garantía de ninguna clase para la obligación asegurada, y si no existe garantía, no se puede decir que exista derecho real de hipoteca, tal y como se deduce de los artículos 1876 del Código civil y 104 LH¹⁰.

Pero, no podemos olvidar que si no hay hipoteca, y el acreedor no obtiene las ventajas mencionadas que se derivan de ella, el crédito —préstamo en el caso que se analiza— lejos de ser un crédito hipotecario, sería un crédito ordinario, sin preferencia, privilegio, ni ejecución rápida, y en consecuencia, con un mayor riesgo de cobro para el acreedor. Por lo tanto, prestar dinero con mayor riesgo, supone para el prestamista profesional, elevar el tipo de interés, y por tanto, más caro para el deudor, y probablemente a menor plazo, suponiéndole un grave perjuicio para el mismo¹¹.

Por otra parte, no es que ese préstamo sea probablemente más caro, es que las posibilidades de concesión de aquél se disminuirían notablemente, pues el deudor deberá demostrar una solvencia personal elevada (ya que no hay inmueble, ni por tanto hipoteca), para que se le conceda el préstamo solicitado. En este caso, el perjuicio de la ausencia de hipoteca, o lo que es lo mismo, el beneficio de su existencia no es solo para el acreedor, sino también para el deudor prestatario.

En este sentido, el préstamo hipotecario se ha convertido en un instrumento de crédito territorial, que ha permitido al deudor obtener financiación barata y acceder a la vivienda, de otro modo imposible, y contribuir de una manera clara a su provecho personal¹².

¿A favor de quién se expeden entonces las escrituras de hipoteca? Afirmar que solo a favor del acreedor, nos parece, cuanto menos, excesivo.

Además, como sostiene Segismundo ÁLVAREZ-ROYO, cuando la norma habla de «aquellos en cuyo interés se expidan —los documentos», no se está refiriendo a los que tengan interés en el negocio, si no que la palabra «expedir» se refiere a las copias de la matriz, sometidas a la cuota fija de este impuesto, sobre las que probablemente sí se expidan para que el acreedor pueda inscribir la hipoteca, pero no sobre el contenido auténtico del acto que queda sujeto al impuesto (cuota variable), que es la responsabilidad hipotecaria¹³.

Por último, y en cuanto al argumento que manifiesta el Tribunal de que en el caso de existir una hipoteca en garantía de deuda ajena, no sería justo que una

persona ajena a la hipoteca pagara el impuesto y que, por tanto, debe pagarlo el acreedor que es quien tiene la hipoteca, no podemos estar más en desacuerdo. Precisamente, el argumento que ofrece el Supremo sirve para afirmar y confirmar que el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario-deudor, pues él es quien obtiene la financiación —que sin hipoteca sobre un bien ajeno jamás hubiera obtenido— porque, en definitiva, se está gravando la capacidad contributiva de este producida por el aumento de capital recibido por el préstamo. Todo lo contrario de lo que sostiene el Tribunal Supremo. No se vulnera el criterio de capacidad contributiva si no que se pone este de manifiesto claramente en el prestatario¹⁴. Y el hecho de que la base del impuesto se calcule no solo con respecto al principal de la obligación, sino que se incluya también en esa base los intereses, las costas y gastos, es decir, la responsabilidad hipotecaria, tampoco sirve para concluir que es la hipoteca el único negocio que se grava, y que favorece al acreedor, sino que como bien explica el magistrado discrepante, en el préstamo hipotecario nos encontramos ante lo que se denominan garantías «contextuales» con la concesión del crédito, pues este se otorga a la vista y existencia de aquellas, que son onerosas, que generan siempre intereses, y a los que el prestatario prestó su consentimiento a pagar y devolver, no solo el principal sino esos intereses devengados, ínsitos en el préstamo hipotecario, y que por lo tanto es lógico —si es que este impuesto lo es— que se incluyan también en la base, pues debe devolver tanto el principal como esos intereses, debidos, y por tanto garantizados.

III.3. EL ADQUIRENTE DEL DERECHO ES EL PRESTATARIO

En cualquier caso, no entendemos porque el Tribunal Supremo acude a un criterio residual del 29 de la Ley y 68.1 del Reglamento (el que tenga interés), cuando la primera regla de este artículo y corroborada por el párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento afirma que el sujeto obligado al pago del IAJD es el «adquirente» del derecho, que es el prestatario.

Como ya hemos dicho antes, la doctrina de la Sala Tercera del TS hasta el momento era clara y uniforme, al considerar que ese adquirente del derecho era el prestatario. Como afirma la STS de 20 de enero de 2004: «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)».

Además, es que la norma lo dice expresamente en el segundo párrafo de este artículo 68, a la misma conclusión se llegaría desde una interpretación sistemática del artículo 68 del Reglamento con el 15 de la Ley; no se entienden los malabares que hace el Alto Tribunal para entender que este artículo del reglamento es nulo pues contradice la Ley, pues en ella nada se dice expresamente sobre quién es el adquirente del derecho en un préstamo hipotecario en el IAJD, a diferencia de lo que sí dice para el ITP. El argumento del Tribunal puede volverse en contra ¿y si nada dice el legislador, porque ha de entenderse en sentido distinto de lo expresado para el ITP? Si no hay una indicación expresa, no entendemos que deba colegirse lo contrario, si no, mas bien, entendemos que el criterio interpretativo sistemático con los preceptos del ITP debería servir.

Además, ya hemos expresado en las líneas anteriores, que tan favorecido es el prestatario como el prestamista, pues adquiere un préstamo y aumenta su capacidad patrimonial gracias a este préstamo garantizado con hipoteca que, de otra forma, no obtendría. Es él quien adquiere el derecho (préstamo hipotecario) y debe en consecuencia pagar el impuesto.

IV. CONCLUSIONES

I. La STS de 16 de octubre de 2018, de la Sala Tercera, cambia el criterio doctrinal mantenido hasta ahora acerca de que el sujeto pasivo y obligado al impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en un préstamo hipotecario: es, a partir de entonces, el prestamista y no el prestatario.

II. Las razones para defender esta postura se sostienen en tres argumentos principales:

a) La hipoteca es el negocio principal del préstamo hipotecario a efectos tributarios ya que es la única que se inscribe en el Registro con inscripción constitutiva. El préstamo queda fuera del Registro, y por tanto del impuesto. Luego el sujeto pasivo del mismo es el titular de la hipoteca.

b) Como la ley es confusa y no puede saberse quién es el adquirente del derecho en un préstamo+hipoteca, pues hay dos sujetos, debe ser el sujeto pasivo del IAJD aquel en cuyo interés se expidan los documentos, aplicando la segunda regla del artículo 29 LITPAJD. Y para el Tribunal no cabe duda de que el único interesado es el prestamista.

III. Sin embargo, no compartimos estos argumentos ni el fallo del Tribunal Supremo, entendiendo que el obligado al pago del IAJD debe seguir siendo el prestatario y ello porque:

a) Aunque la hipoteca tiene inscripción constitutiva, no llega nunca sola al Registro, sino con el préstamo que garantiza y del que depende. Por lo tanto no puede ser el acto o negocio principal a efectos tributarios cuando no lo es a efectos civiles por la accesoria de la hipoteca.

b) Además, el beneficiado por el préstamo hipotecario, o por el derecho real de hipoteca si se quiere, no es solo y exclusivamente el prestamista (acreedor hipotecario), sino que el deudor, gracias a la garantía hipotecaria, primero, es capaz de obtener financiación, segundo, más barata, tercero, a mayor plazo lo que le permite disminuir cuota del pago, y cuarto, acceder a la vivienda otra vez imposible. Todo ello son beneficios más que notables para el prestatario.

c) Ni siquiera hay que acudir al criterio residual que utiliza el Tribunal de averiguar quién tiene mayor interés en la hipoteca, porque el adquirente del derecho entendemos que es el prestatario, que es quien obtiene el préstamo, asume los intereses pactados desde el inicio, como consecuencia de la garantía, y en definitiva aumenta su capacidad patrimonial.

IV. Al cierre de este trabajo se acaba de publicar la resolución definitiva del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, tras dos días de deliberación, que por una apretada mayoría (15-13), ha anulado la nueva interpretación que la sección segunda de la Sala Tercera había hecho en esta sentencia, volviendo a la doctrina anterior. Se confirma por tanto lo que aquí también se defiende: el obligado o sujeto pasivo del IAJD es finalmente el prestatario. Es de agradecer este nuevo cambio, porque, tal y como indicábamos al principio, lo contrario, con la declaración de nulidad de la cláusula y su posible retroactividad, generaba una gran inseguridad jurídica y económica, que nuestro país no puede permitirse en este momento.

V. Y en el momento de la revisión de este artículo ya se ha publicado el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, en el que, a pesar de la resolución del TS, el Gobierno opta por la solución contraria a la aquí defendida, y a lo resulto por el Alto Tribunal. El gobierno, a través de este Real Decreto-Ley, considera que el sujeto obligado al pago del IAJD en un préstamo hipotecario es el prestamista, como recoge en la modificación y nueva redacción del artículo 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados¹⁵. De este modo, acalla las protestas sociales, las demandas de los consumidores e incluso de los partidos políticos, tratando de favorecer al deudor hipotecario, parte mas débil en esta relación jurídica. No estamos de acuerdo jurídicamente con esta decisión, si bien, al ser un cambio legislativo, hay que aplicar ahora la nueva ley, dando por terminada la polémica existente hasta ahora, y eso es positivo. Por otra parte, al no tener retroactividad, se produce con efectos hacia delante, sin que afecte a las situaciones anteriores, por lo que los bancos no tendrán que devolver lo pagado por los deudores hipotecarios hasta el momento por IAJD. Podemos considerar que ha sido un ejercicio de cómo nadar y guardar la ropa a la vez, tratando de dar satisfacción a ambas partes implicadas.

V. RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ATC

- Auto 18 de enero de 2005
- Auto 24 de mayo de 2005

TRIBUNAL SUPREMO: STS

- 19 de noviembre de 2001
- 20 de enero de 2004
- 14 de mayo de 2004
- 20 de enero de 2006
- 27 de marzo de 2006
- 20 de junio de 2006
- 31 de octubre de 2006
- 6 de mayo de 2015
- 23 de diciembre de 2015
- 22 de noviembre de 2017
- 15 de marzo de 2018
- 16 de octubre de 2018

AUDIENCIAS PROVINCIALES: SAP

- Las Palmas 6 de julio de 2017
- A Coruña 18 de octubre de 2017
- La Rioja 31 de octubre de 2017
- Huelva 19 de diciembre de 2017

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: RDGRN

- 23 de diciembre de 1987
- 17 de agosto de 1993
- 17 de marzo de 1994
- 11 de enero de 1995

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACHON BRUÑÉN, M.J. (2018). Quienes podrán reclamar si finalmente se confirma la STS, Sala 3.^a, de 16 de octubre de 2018: respuestas a cuestiones caves para reclamar con éxito por cláusulas abusivas en escrituras de hipotecas. *Diario La Ley*, num. 9284, 23 de octubre de 2018, 1-12.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2018). Gastos de hipoteca: última jurisprudencia y posible regulación legal. *Hay Derecho*, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2018/02/27/gastos-hipoteca-ultima-jurisprudencia-posible-regulacion-legal/>.
- (2018). ¿Debe el TS volver a su doctrina anterior sobre el impuesto en los préstamos hipotecarios? *Hay Derecho*, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2018/10/22/debe-el-ts-volver-a-su-doctrina-anterior-sobre-quien-paga-el-ajd/>.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1985). La unidad del crédito hipotecario. En: *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 547-578.
- DE MESA GÁRATE, L. (2005). Economía y mercado de vivienda en España. La política de vivienda en España: instrumentos jurídicos, urbanísticos y sociales. *RCDI*, núm. 691, 1607-1632.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2005). La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario. *RCDI*, núm. 691, 1633-1651.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1974). Los créditos hipotecarios. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 85-86, julio-diciembre.
- (1977). *Los créditos hipotecarios*. Madrid: Reus, S.A.
- ORTS, P. (2018). ¿Quién debe pagar el impuesto por constituir una hipoteca? Disponible en <https://www.bbva.com/es/quien-pagar-impuesto-constituir-hipoteca/>

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

<https://www.ilpabogados.com/gastos-derivados-del-préstamo-hipotecario/>
<https://www.helpmycash.com/creditos/comparar/préstamo-personal/>
<https://www.helpmycash.com/mejores-hipotecas/>

NOTAS

¹ Véase ORTS, P. (2018). ¿Quién debe pagar el impuesto por constituir una hipoteca? Disponible en <https://www.bbva.com/es/quien-pagar-impuesto-constituir-hipoteca/>

Afirmó este autor que en «Reino Unido el comprador de una vivienda cuyo precio supere las 125.000 libras esterlinas se convierte en el sujeto pasivo del Stamp Duty Land Tax». En Alemania, el pago del tributo recae tanto en el comprador como en el vendedor, aunque

suele pagarlo el primero. Sin embargo, «no existe jurisprudencia que exija a los bancos devolver o asumir el pago del tributo», recuerda Sainz-Rozas.

En las compraventas de inmuebles en Francia, el prestatario paga los gastos de las denominadas ‘tasas notariales’. En el caso de Portugal, las compraventas de inmuebles están gravadas, entre otros tributos, por el Imposto de Selo, que se asemeja al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados español. En este caso, el prestatario abona el impuesto correspondiente al banco, que a su vez lo declara y abona a las arcas públicas. Por último, en Italia el banco responde del tributo conocido como ‘imposta sostitutiva’, aunque puede trasladar el gravamen a quien contrata la hipoteca.

² 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, que establece el sujeto pasivo del IAJD:

«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».

³ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2018). Gastos de hipoteca: última jurisprudencia y posible regulación legal, *Hay Derecho*, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2018/02/27/gastos-hipoteca-ultima-jurisprudencia-possible-regulacion-legal/>.

⁴ Esto generó, a su vez, que muchos despachos especializados en este tipo de reclamaciones masivas se vieran obligados a desistir de los procedimientos iniciados, esperando un nuevo cambio jurisprudencial —como así ha ocurrido—, y redujeron su honorarios, al imponérseles las costas. Véase en este sentido a <https://www.ilpabogados.com/gastos-derivados-del-préstamo-hipotecario/>, o ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2018), *ob. cit.*

⁵ Finalmente, tras esa reunión el Tribunal Supremo decidió volver a la doctrina anterior, entendiendo que el obligado al pago del impuesto es el prestatario.

⁶ STS de 16 de octubre de 2018: «Conviene recordar, además, que la persona del hipotecante puede coincidir con el mismo deudor o con un tercero (el hipotecante no deudor, que solo responde con el bien hipotecado), siendo así que —en este último caso— no solo se exigiría el gravamen a una persona completamente ajena a la hipoteca, sino que la base imponible del impuesto incluiría sumas distintas a aquellas que se contemplan en el único negocio en el que participó, comprometiéndose seriamente, creemos, el principio de capacidad contributiva».

⁷ Véase entre sus principales defensores a AMORÓS GUARDIOLA Y LALAGUNA DOMÍNGUEZ. AMORÓS GUARDIOLA, M. (1985). La unidad del crédito hipotecario. En: *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 547-578: explica ese autor que el crédito hipotecario es una realidad distinta a los dos elementos que la integran, dotada de sus propias características y regulación. Asimismo, es objeto de inscripción en el Registro todo el conjunto y no solo el derecho real de hipoteca. Lo que se inscribe es el conjunto «crédito hipotecario», de tal forma que en su inscripción se hace difícil distinguir los elementos de uno y otro componente. Pero, no se puede olvidar que, además del crédito hipotecario inscrito, existe el crédito ordinario que subyace siempre por debajo del mismo en la realidad extraregistral; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1974). Los créditos hipotecarios. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 85-86, julio-diciembre.

⁸ En este sentido, afirmando la imposibilidad de la existencia de la hipoteca sin la obligación como consecuencia de su accesoria se ha manifestado en numerosas ocasiones la DGRN: «Al tener la hipoteca una naturaleza esencialmente accesoria no puede constituirse sin que se precise la obligación, presente o futura, a la que inequívocamente la hipoteca deberá servir de garantía» (RDGRN de 23 de diciembre de 1987). «El principio de accesoria de la hipoteca exige una obligación lícita existente o de posible existencia y que la garantía, que puede ser inferior, no se extienda a más de la obligación» (RDGRN de 17 de marzo de 1994). «Los principios de especialidad y accesoria exigen la precisa determinación de la obligación a que la hipoteca sirve y cuyas vicisitudes (transmisión, extinción) son por la accesoria, vicisitudes del mismo derecho de hipoteca» (RDGRN de 11 de enero de 1995). «La accesoria respecto del crédito impide la transmisión separada de aquella» (RDGRN de 17 de agosto de 1993).

⁹ El carácter accesorio de la hipoteca respecto al crédito ha sido mayoritariamente admitido por la doctrina en todas las épocas, y aun hoy incluso cuando se admiten fisuras a

la accesoriedad, entendiendo que no es un dogma. En este sentido, y entre muchos otros: LASARTE, RODRÍGUEZ GARCÍA, ROCA SASTRE, ALBALADEJO, GÓMEZ GÁLLIGO, LA-CRUZ BERDEJO, DÍEZ PICAZO.

¹⁰ Cfr. artículos 1876 del Código civil y 104 LH: «la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida».

¹¹ El precio medio de un préstamo hipotecario hoy en España es de EURIBOR + un diferencial que oscila entre el 0,79 (Hipoteca Santander) y el 1,20 (Bankia), y el Euribor a noviembre de 2018 está en -0,148%; mientras que el préstamo personal se sitúa en un TIN (Tipo Interés Nominal) entre un 5 y un 10%, y siempre pensando en principales mucho menores —y con menos riesgo— que el propio de un préstamo hipotecario para comprar un inmueble. Véase en <https://www.helpmycash.com/creditos/comparar/préstamo-personal/> y <https://www.helpmycash.com/mejores-hipotecas/>

¹² Véase en este sentido GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2005). La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario. *RCDI*, núm. 691, 1633-1651; DE MESA GÁRATE, L. (2005). Economía y mercado de vivienda en España. La política de vivienda en España: instrumentos jurídicos, urbanísticos y sociales. *RCDI*, núm. 691, 1607-1632.

¹³ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2018). ¿Debe el TS volver a su doctrina anterior sobre el impuesto en los préstamos hipotecarios?, *Hay Derecho*, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2018/10/22/debe-el-ts-volver-a-su-doctrina-anterior-sobre-quien-paga-el-ajd/>. Afirma este autor que «La expresión “o aquellos en cuyo interés se expidan” indudablemente se está refiriendo exclusivamente a las copias de escrituras (y por tanto solo al timbre) y no a las matrices de escrituras (y al gravamen gradual). Las escrituras se autorizan u otorgan, y las copias se expediten (art 17.1 de la Ley del Notariado, en adelante LN). En otros lugares se habla de autorizar escrituras matrices (art. 19 LN) y el verbo expedir se reserva siempre a las copias (art. 18 LN), también en el reglamento notarial (arts. 221 y sigs.). Por tanto a lo que la ley se está refiriendo a las copias. El “interés” también es un concepto relativo a las copias, que solo pueden expedirse a favor de quien tenga “interés legítimo” (art. 224 del Reglamento Notarial).».

¹⁴ «La capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial y, por tanto, de capacidad económica susceptible de gravamen, pues solo 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»(Autos TC de 18 de enero y 24 de mayo de 2005).

¹⁵ Nuevo artículo 29 TRLITP y AJD:

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

Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista».