

Fecha de recepción: 19/10/2018 - Fecha de aceptación: 20/10/2018

***OVERRULING DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL SOBRE LA NORMATIVA DEL PRINCIPAL IMPUESTO DE LA CONSTITUCIÓN DE HIPOTECAS. COMENTARIO DE LA STS 1505/2018, DE 16 DE OCTUBRE***

*SPANISH SUPREME COURT OVERRULING ON THE MAIN TAX ON THE CONSTITUTION OF MORTGAGES. COMMENT REGARDING STS 1505/2018, OCTOBER 16*

**LAURA CABALLERO TRENADO**

Universidad Internacional de La Rioja

## RESUMEN

La Sala Tercera (Sección 2ª) del Tribunal Supremo ha optado por un giro jurisprudencial en relación con su doctrina anterior sobre quién es el sujeto pasivo del impuesto que se devenga con ocasión de escriturar la constitución de la garantía hipotecaria entre un consumidor y una entidad financiera, que hasta ahora era constante y reiterada pero dispar de la línea seguida por la Sala Primera. Tiene en cuenta, para ello, que el negocio inscribible es la hipoteca y que el único interesado en la elevación a escritura pública y la ulterior inscripción de aquellos negocios es el prestamista, que solo mediante dicha inscripción podrá ejercitar la acción ejecutiva y privilegiada que deriva la hipoteca. La sentencia anula un artículo del Reglamento del impuesto (que establecía que el prestatario es el sujeto pasivo del impuesto) por ser contrario a la ley. En concreto, se trata del artículo 68.2 de dicho Reglamento. Esta revisión doctrinal es un *overruling*, una técnica que, tras aquilatar el interés casacional necesario para franquear el pórtico de la admisión del recurso, permite modificar una tesis anterior en un proceso posterior (con otras partes, otro objeto, etcétera). Este Pronunciamiento tiene efectos *ad intra* y *ad extra*. Respecto de los primeros, porque abre una brecha en el propio Tribunal. Cabe recordar que, en marzo de 2018, el Pleno de la Sala Primera, acogiendo doctrina constante y consolidada de la Sala Tercera, se inclinó por considerar que el sujeto pasivo del devengo del impuesto recaía en el consumidor (STS 148/2018, de 15 de marzo). Esta división de posturas sorprende por la proximidad temporal de los pronunciamientos. La propia Sentencia no acoge la doctrina unánime de la Sala. De hecho, la decisión cuenta con un voto particular discrepante, que postula el mantenimiento de la jurisprudencia anterior, y otro concurrente, que considera que la sentencia debió incidir en la existencia de dos impuestos en el de actos jurídicos documentados y en el principio de capacidad económica del artículo 31CE. Y, también tiene consecuencias *ad extra*, por cuanto no despeja dudas como, por ejemplo, la retroactividad (o no) de sus efectos, clave para lograr la seguridad jurídica. A partir de un análisis

de la fundamentación jurídica contenida en la *ratio decidendi* de la Sentencia, nos proponemos en este Artículo trazar los aspectos más relevantes que se desprenden de esta importante Resolución.

## ABSTRACT

The Third Chamber (Section 2nd) of the Supreme Court has opted for an overruling in relation to its previous doctrine on who is the taxpayer of the tax that is accrued on the occasion of writing the constitution of the mortgage guarantee between a consumer and a financial institution, which, until now, was constant and repeated but different from the line followed by the First Chamber. It takes into account, for this, that the registrable business is the mortgage and that the only interested party in the elevation to public deed and the subsequent registration of those businesses is the lender, who only by means of said registration may exercise the executive and privileged action that derives the mortgage. The sentence annuls an article of the tax regulation (which established that the borrower is the taxpayer) because it is contrary to the law. Specifically, it is article 68.2 of the aforementioned regulation. This doctrinal revision is an overruling, a technique that, after assessing the necessary casational interest to cross the portico of the admission of the resource, allows modifying a previous thesis in a later process (with other parts, another object, etc.). This pronouncement has ad intra and ad extra effects. Regarding the first, because it opens a gap in the Court itself. It should be recalled that, in March 2018, the Plenary of the First Chamber, accepting the constant and consolidated doctrine of the Third Chamber, was inclined to consider that the taxpayer of the tax accrued to the consumer (STS 148/2018, of 15 of March). This division of positions surprised by the temporal proximity of the pronouncements. The Judgment itself does not accept the unanimous doctrine of the Chamber. In fact, the decision has a discrepant particular vote, which postulates the maintenance of the previous jurisprudence, and another concurrent, which considers that the sentence should have

influenced the existence of two taxes in the legal acts documented and the principle of capacity economic of article 31CE. And, it also has ad extra consequences, since it does not clear up doubts, such as, for example, retroactivity (or not) of its effects, key to achieving legal security. Based on an analysis of the legal basis contained in the ratio decidendi of the Judgment, we propose in this Article to outline the most relevant aspects that emerge from this important Resolution.

## **PALABRAS CLAVE**

Giro jurisprudencial; Tribunal Supremo; Derecho de Consumidores; impuesto; gastos hipotecarios; retroactividad

## **KEYWORDS**

Overruling; Supreme Court; Right of Consumers; Tax; Mortgage Expenses; Retroactivity

## **OVERRULING JURISPRUDENCIAL**

En este Pronunciamiento, la Sala Tercera (Orden Contencioso-Administrativo) realiza un giro radical con respecto a la posición mantenida hasta la fecha y fija como criterio que el sujeto pasivo de Actos Jurídicos Documentados sea el prestamista, alineándose de este modo con las tesis seguidas anteriormente por órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales.

En efecto, la presente Decisión sigue la estela de la Sala de lo Civil del propio Tribunal Supremo que, en Sentencia de Pleno (STS 705/2015, de 23 de diciembre) declara nulas por abusivas varias cláusulas insertas en contratos con consumidores, al tener en cuenta la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, relativa al caso *Aziz* (Asunto C-415/11), que a su vez recoge y armoniza pronunciamientos anteriores, de 14 de junio de 2012 y de 21 de febrero de 2013 (Asuntos C-618/10 y C-104/12, respectivamente).

En apretada síntesis, la aquiescencia mostrada por la Sala Tercera en ocasiones anteriores con respecto a quién era el sujeto pasivo del hecho impositivo que se devenga sobre AJD cuando el documento sujeto es una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria (por todas, STS 87/2006, de 27 de marzo), en que sostiene sin ambages que es el prestatario, se licúa en esta ocasión.

Alambrada de previsibilidad, dada la continuidad hermenéutica que había exhibido en ocasiones anteriores -abrigada por el aval del Tribunal Constitucional (por ejemplo, autos 24/2005, de 18 de enero de 2005 o 223/2005, de 24 de mayo)-, la doctrina anterior se dobliega en la fundamentación jurídica que realiza la Sala en esta ocasión.

En el primer punto del fallo considera fijar los criterios interpretativos expresados en el Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia. En concreto:

*“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”.*

Y en el cuarto punto, decide:

*“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”.*

La fijación de los criterios interpretativos de la ya nueva doctrina jurisprudencial contenida en el Pronunciamiento, así como la declaración de nulidad del artículo 68.2 del Reglamento del ITPyAJD son los elementos configuradores definitorios del *overruling*.

## **BREVE EXÉGESIS DE LA *RATIO DECIDENDI***

La Sala articula la necesidad de modificar la jurisprudencia sobre el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria en torno a tres presupuestos, todos ellos contenidos en el Fundamento Jurídico Quinto.

En primer término, en el requisito de la inscripción. Al respecto, el Alto Tribunal sostiene 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. Es más: esta circunstancia (la inscribibilidad) es la que determina que una operación como la que nos ocupa no se someta a transmisiones patrimoniales, pues un negocio complejo idéntico al que analizamos se sujetaría, si no fuera inscribible, a este último tributo [...]”.*

Tras pronunciarse sobre el presupuesto de carácter formal, el TS se posiciona sobre el aspecto material del gravamen en los términos siguientes:

*“[...] 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) 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').*

Tal razonamiento no admite lugar a duda alguna, pero, por si acaso, la Sala advierte que a lo anterior:

*“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 solo 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 veremos- en que se configure debidamente el título y se inscriba adecuadamente en el Registro de la Propiedad) ”.*

En último lugar, si bien la Sala reconoce “la solidez de los argumentos que hasta ahora le habían llevado a considerar sujeto pasivo al prestatario” (ha mantenido este criterio durante más de dos décadas), considera que en derecho deben prevalecer los elementos determinantes del tributo que integra la cuota gradual de AJD.

Al respecto, además de los anteriores, el TS considera, respecto del sujeto pasivo, los elementos determinantes del tributo deben inferirse de una correcta interpretación del artículo 29 de la Norma precitada, pues su “correcta interpretación (‘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’) abona la tesis que defendemos”.

La presente Resolución contiene dos votos particulares, como se ha afirmado anteriormente -uno discrepante y otro concordante-.

El primero, suscrito por el Magistrado Dimitry Berberoff, que defiende el mantenimiento de la doctrina anterior, en la convicción instalada de “no disgregar entre préstamo e hipoteca ‘a efectos tributarios’ cuando, ‘a efectos civiles’ el préstamo hipotecario responde a una unidad funcional y económica forjada sobre la base de dos contratos conexos en los que, por su propia configuración como contrato real de garantía, la hipoteca es accesoria del préstamo.

El segundo -suscrito por el Magistrado Nicolás Maurandi-, aun siendo concordante con la nueva línea acogida por la Sala en esta Resolución, se aparte del fallo al considerar que no se han tenido en cuenta dos cuestiones:

*“La primera consistía en llamar la atención sobre que la genérica tributación sobre actos jurídicos documentados no engloba un único tributo sino estos dos: el gravamen sobre*

*documentos notariales y el gravamen sobre actos jurídicos documentados notarialmente. Dos tributos muy diferentes en lo concerniente a su justificación, hecho imponible y cuantificación de la obligación tributaria; y, por tanto, también muy distintos en cuanto a los elementos que habían de ser ponderados en uno y otro para indagar quien era la persona más interesada en la actuación sometida al gravamen y, consiguientemente, la que más “méritos” presentaba para individualizar la capacidad económica gravada por el tributo y ostentar la cualidad de sujeto pasivo. [...]”.*

Respecto de la segunda, aclara el Magistrado que:

*“[...] se refiere a la necesidad de erigir a los postulados del artículo 31 de la Constitución, y así destacarlo, en el principal patrón hermenéutico que ha de seguirse para resolver las distintas facetas que tiene ese principal problema analizado y resuelto en esta casación: quien debe ser considerado sujeto pasivo en el impuesto sobre actos jurídicos documentados cuando lo gravado es una escritura notarial que formaliza un préstamo con garantía hipotecaria” [...].*

## **ALCANCE DE LA RESOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS**

La declaración de la nulidad del artículo 68.2 del Reglamento del ITP-yADJ, que supone avocar la concreta doctrina legal en él contenida, comporta con carácter inmediato dos consecuencias.

La primera, en el ámbito tributario, es que se imputa al prestamista la condición de sujeto pasivo del impuesto.

La segunda, en el ámbito civil, es que los efectos jurídico-privados que afecten a la relación tributaria son nulos por abusivos y no transparentes cuando los contratos se celebren con consumidores.

¿Cuál es, entonces, el alcance de la Sentencia? Podría defenderse que gozará de efectos *erga omnes* desde el momento en que su texto sea

publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE). Cuestión distinta es la retroactividad de la misma, aspecto que debe abordarse también desde la doble perspectiva tributaria y civil.

Así, respecto de la primera, las tasas del impuesto abonadas podrían ser reclamadas *ora* ante las respectivas haciendas autonómicas, sobre las que recae su competencia recaudatoria, *ora* a las entidades bancarias.

Respecto de las primeras opera el criterio de la prescripción de cuatro años desde que se realiza la autoliquidación del impuesto.

La cuestión de la retroactividad se torna más compleja en el ámbito civil. Podría defenderse el plazo de mientras esté vivo el préstamo hipotecario y hasta cuatro años después de su cancelación, o bien, los contenidos en el 1.964 CC. Incluso, podría defenderse que en este caso no opera esta institución, habida cuenta de que se sustenta en la nulidad de una cláusula.

En cualquier caso, aquí defendemos que la retroactividad de la Decisión es limitada, por cuanto cuando en una Sentencia se declara la nulidad de una norma tiene efectos desde su publicación en el BOE.

La STS 1505/2018, de 16 de octubre, implica tumbar la doctrina constante y continuada anterior de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que, en relación a la normativa de ITPyAJD en la constitución de hipotecas, se sustentaba en la defensa de una interpretación conservadora.

La ortodoxia de esta interpretación, anclada en pronunciamientos como el contenido en la STS 87/2006, de 27 de marzo, ha dado paso al reconocimiento, en primer lugar, del interés casacional de la materia, acicate que ha actuado de revulsivo para revisar su propia doctrina y, en segundo lugar, a la retroacción de la posición jurídica del consumidor de acuerdo a la normativa que rige este concreto sector normativo.

Acaso la posición jurídica del consumidor nunca estuvo en el lugar

que debiera haberle correspondido. Tal vez. Pero, aunque se han echado en falta operadores que hayan actuado antes para revertir la situación, esta Sentencia se nos antoja una entelequia.

Por ejemplo, con carácter prospectivo, ¿puede el *overruling* proyectarse extraprocesalmente? Ya sea para modificar el estado de cosas o para tener una función didáctica, es ésta una cuestión de alcance difícil de prever. Lo que sí podemos afirmar de este *back and forth* en la doctrina jurisprudencial es la sensación de que desvirtúa el propósito de la Ley.

“Debemos encontrar una vía intermedia que prevenga que el precedente sea nuestro dueño”, advirtió el famoso juez Lord Reid. Pero argumentos de dispar naturaleza y enjundia diversa afloran flagrantes contradicciones que el órgano jurisdiccional debe evitar. Y desbrozar giros prudenciales de forma abrupta abraza la inseguridad jurídica, de ahí que pensemos que el alcance de esta Sentencia será limitado.