

R. CASACION núm.: 5350/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Contencioso-Administrativo**  
**Sección Segunda**  
**Sentencia núm. 1505/2018**

Excmos. Sres.

D. Nicolás Maurandi Guillén, presidente

D. José Díaz Delgado

D. Ángel Aguillo Avilés

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Jesús Cudero Blas

D. Dimitry Berberoff Ayuda

En Madrid, a 16 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. **5350/2017** 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; 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. Jesús Cudero Blas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### **PRIMERO. Resolución recurrida en casación y hechos del litigio.**

1. Este recurso de casación tiene por objeto la sentencia pronunciada el 19 de junio de 2017 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, desestimatoria del recurso núm. 501/2016.

2. Los hechos sobre los que ha versado el litigio, en lo que hace a las cuestiones que suscita el recurso que nos ocupa, son los siguientes:

a) La Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid presentó autoliquidación exenta de actos jurídicos documentados respecto de la escritura pública de constitución de préstamo con garantía hipotecaria otorgada el 20 de abril de 2009, invocando –como fundamento de la exención- el artículo 45.I.B.12 del texto refundido de la ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

b) Constatada por la Oficina Técnica de la Inspección de los Tributos de la Comunidad de Madrid que la superficie útil de las viviendas para cuya adquisición se formalizó el préstamo era inferior a 90 metros cuadrados, giró liquidación por el concepto actos jurídicos documentados en lo que se refiere a la responsabilidad hipotecaria de las citadas viviendas.

c) Rechazada por el TEAR de Madrid la reclamación económico-administrativa interpuesta por la interesada (en la que se defendía exclusivamente la procedencia de la exención), dedujo la misma recurso contencioso-administrativo ante la Sala de Madrid en el que, además de la procedencia de la exención, solicitó la nulidad de la liquidación por no ser sujeto

pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados el prestatario, a quien giró la liquidación el órgano de inspección.

## **SEGUNDO. La sentencia de instancia.**

1. El recurso jurisdiccional fue desestimado íntegramente a través de la sentencia ahora impugnada, que analiza en el segundo fundamento jurídico la cuestión referida a las viviendas de protección oficial señalando, en primer lugar, que “en la resolución de la Oficina Liquidadora se explica que la escritura de préstamo objeto de tributación viene referida a las viviendas con más de 90 m2, y no a las demás (escritura en los folios 52 y siguientes del expediente)” y concluyendo que “la demandante no niega que estas viviendas superan los 90 m2, lo que excluye la posibilidad de aplicar la exención del art. 45.I.B.12 del RDL 1/1993, pues tales viviendas no pueden ser calificadas como de protección oficial”.

2. En cuanto a la segunda cuestión (relativa al sujeto pasivo), se razona en el fundamento de derecho tercero lo siguiente:

“Sobre ello decir, en primer lugar, que esta pretensión contradice la propia actuación de la entidad demandante, que al presentar su autoliquidación asumía su condición de sujeto pasivo del impuesto.

En cualquier caso, esta cuestión ha sido resuelta por esta Sala, sección 9ª, con anterioridad, siendo ejemplo de ello la sentencia de 9 de junio de 2016, recurso 867/2014. Razones de igualdad, seguridad jurídica y unidad de doctrina determinan la resolución en los mismos términos y con referencia a lo expuesto en tales sentencias. Esta sentencia se remite a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006, recurso de casación 4593/01, que señala lo siguiente:

“(…) en las recientes sentencias de 20 de enero y 20 de junio de 2006 , recursos de casación 693 y 2794/01 , ... recordando entre otras, a la sentencia de esta Sala Tercera de 19 de noviembre de 2001 (Recurso de casación núm. 2196/1996), dictada en un caso similar de concesión por una entidad de crédito a una empresa mercantil de un préstamo hipotecario, formalizado en escritura pública, “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, como ha hecho finalmente la Ley 14/2000, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al añadir un nuevo apartado 18 al art. 45.I.B del Texto Refundido del ITP y AJD vigente de 24 de septiembre de 1993, aunque, obviamente, no sea de aplicación al caso aquí cuestionado.

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".

En el mismo sentido se pronuncian también las sentencias de 23 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2002, 14 de mayo y 20 de octubre de 2004 y 27 de marzo de 2006. Esta última sentencia rechaza un recurso de casación para la unificación de doctrina, porque la doctrina contenida en la sentencia recurrida, que mantenía la tesis impugnada, 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 de 1980 (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 sólo 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 ésta 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".

Por otra parte, conviene recordar que las dudas de inconstitucionalidad sobre el actual art. 29 del Real Decreto 1/1993 de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto (idéntico al antiguo art. 30), en relación con los artículo 8 d ) y 15.1 del mismo Texto Refundido, y con el art. 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto, fueron despejadas por el Tribunal Constitucional, en los Autos de 18 de Enero y 24 de Mayo de 2005, al inadmitir las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, por entender que no se vulneraba el derecho a la igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, ni el principio de capacidad económica previsto en el art. 31.1 de la Constitución , porque 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".

Por lo expuesto, procede la desestimación del recurso".

3. En resumen, según la sentencia, (i) no cabe la exención pretendida respecto de viviendas cuya superficie útil supere los 90 metros cuadrados y (ii) el sujeto pasivo del impuesto liquidado (actos jurídicos documentados) es el prestatario, pues el derecho que refleja el documento notarial –al ser el préstamo con garantía hipotecaria una unidad a efectos tributarios- es el préstamo, aunque esté garantizado con hipoteca y solo ésta sea inscribible.

### **TERCERO. Preparación y admisión del recurso de casación.**

1. La representación procesal del demandante en la instancia preparó recurso de casación mediante escrito en el que identificó como normas infringidas el artículo 45.I.B).12 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre).

Menciona, además, como objeto de su escrito, la ilegalidad del 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, precepto que alegó expresamente en la demanda y al que reputó ilegal.

2. Manifiesta, en relación con la cuestión relativa al sujeto pasivo del tributo, que exigir el impuesto al deudor hipotecario iría en contra de toda la normativa proteccionista de los deudores hipotecarios que existe a nivel de la Unión Europea, a cuyo efecto menciona la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, recaída en el recurso 2658/2013, que consideró 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”, de manera que una cláusula en la que se traslade el tributo a la otra parte contratante –el prestatario– resulta abusiva.

3. La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación por auto de 11 de octubre de 2017 y la Sección Primera de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo lo admitió en otro de 15 de enero de 2018, en el que aprecia que concurren en este recurso de casación las circunstancias de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia previstas en los apartados 2.a) y 2.c) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, precisando que las cuestiones que presentan ese interés son las siguientes:

“a) Determinar si, a efectos de la aplicación de la exención recogida en el artículo 45.I.B).12 LITPAJD, las viviendas construidas pueden tener una superficie protegible que exceda de la máxima permitida en la normativa estatal para las viviendas de protección oficial cuando vayan destinadas a familias numerosas; y

b) 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”.

#### **CUARTO. Interposición del recurso de casación.**

1. En el recurso de casación interpuesto –mediante escrito que observa los requisitos legales–, señala la recurrente, en primer lugar, que la sentencia impugnada se limitó a rechazar la exención aplicada en la autoliquidación por la sola razón de que las viviendas afectadas excedían de la superficie máxima prevista legalmente, omitiendo todo pronunciamiento sobre la circunstancia esencial que justificó la pretensión actora: el carácter de familia numerosa de los adquirentes, aspecto digno de protección constitucional que debió llevar a la Sala de instancia a interpretar la normativa que considera aplicable al caso (los Decretos 2131/1963, de 24 de julio, 3964/1964, de 3 de diciembre, 2114/1968, de 24 de julio y 11/2005, de 27 de enero, este último, de la Comunidad de Madrid) de manera favorable a la aplicación de la exención.

2. Y en cuanto a la segunda cuestión, destaca que el acento debe situarse –al analizar lo referente al sujeto pasivo del impuesto– “en el hecho de la primera copia”, no “en el hecho de la adquisición de un bien o derecho”, siendo así –según se afirma– que lo natural es que el obligado al pago sea el que solicite la expedición del documento o la persona que tenga interés en que se expida la primera copia, pues solo ellos se benefician del hecho gravado.

Alega, además, que es improcedente determinar el sujeto pasivo en las escrituras de préstamos con garantía hipotecaria a tenor de los artículos 8 y 15 del texto refundido de la ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, pues tales preceptos se refieren exclusivamente a la primera de esas dos modalidades (transmisiones patrimoniales), sin que exista precepto equivalente en la segunda (actos jurídicos documentados).

Por último, sostiene que en un contrato atípico como el que nos ocupa, adquiere especial relevancia el derecho de hipoteca –a pesar de su accesoriadad– porque el que adquiere tal derecho es el que está facultado para solicitar la primera copia, que es la que se inscribe.

**QUINTO. Oposición al recurso de casación de la Comunidad de Madrid.**

1. El letrado de la Comunidad Autónoma se ha opuesto al recurso de casación mediante escrito que observa los requisitos legales, y en el que se destaca, en primer lugar, que la decisión adoptada por la Sala de Madrid es correcta en cuanto no resulta aplicable la exención a viviendas protegidas que excedan de la superficie máxima permitida por la VPO estatales por imperativo de las normas jurídicas que cita, cuyo contenido impide acoger una pretensión que solo postula extender el ámbito del beneficio fiscal más allá de sus términos estrictos, lo que prohíbe el artículo 14 de la Ley General Tributaria.

2. Y en cuanto a la cuestión del sujeto pasivo del impuesto, considera que éste debe ser el prestatario toda vez que (i) la propia ley –en el artículo 15- lo contempla expresamente, (ii) la unidad del hecho imponible constituye una garantía para los obligados tributarios, en la medida en que de otra forma podría exigirse el tributo por ambos negocios, (iii) el reglamento del impuesto así lo señala literalmente en un precepto que ha sido interpretado por la doctrina de esta Sala Tercera en el sentido de que “no ha incurrido en ninguna extralimitación legal” y (iv) así ha sido entendido no solo por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sino por la Sala Primera, en cuyas sentencias núms. 147/2018 y 148/2018 se aclara o matiza la sentencia anterior citada por la parte recurrente y por el auto de admisión.

**SEXTO. Oposición al recurso de casación del abogado del Estado.**

1. El representante procesal de la Administración del Estado, en escrito que también cumple con las exigencias legales, se opuso al recurso al considerar, en primer lugar, que la normativa aplicable impide extender la exención discutida (relativa a las viviendas de protección oficial) a supuestos no previstos en los preceptos reguladores de la exención, de forma que no es posible acogerse a la misma cuando las viviendas concernidas superen la superficie máxima establecida.

2. Y en cuanto a la cuestión del sujeto pasivo, se limita a reiterar la doctrina de esta Sala Tercera en la que se insiste –repetidamente- en que es el prestatario el que ostenta aquella condición, conclusión que corroboran las dos últimas sentencias del Pleno de la Sala Primera de este Tribunal de 15 de marzo de 2018.

### **SÉPTIMO. Vista pública y deliberación.**

En virtud de la facultad que le confiere el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, la Sección consideró necesaria la celebración de vista pública, que tuvo efectivamente lugar en el día señalado -25 de septiembre de 2018- y a cuya terminación se inició la deliberación para la votación y fallo del recurso, que se prolongó durante sucesivas sesiones posteriores y que concluyó, finalmente, en la del día 9 de octubre de 2018 con el resultado que ahora se expresa.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO. Objeto del presente recurso de casación y orden en que han de resolverse las cuestiones reflejadas en el auto de admisión.**

1. El objeto de esta sentencia consiste en determinar si la pronunciada por la Sala de este orden jurisdiccional 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., es o no conforme a Derecho, para lo cual resulta forzoso interpretar 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 (i) 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, y (ii) la exención relativa a escrituras que documenten actos referidos a viviendas de protección oficial cuando van destinadas a familias numerosas.

Recordemos que la Oficina Técnica de la Inspección de los Tributos de la Comunidad de Madrid practicó liquidación a la empresa mencionada al considerarla sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en relación con una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria de varias viviendas, al entender que aquella condición (sujeto pasivo) derivaba de su posición (prestatario) en el negocio jurídico documentado en la escritura.

Consideró también la Oficina –en contra de la autoliquidación practicada- que no era aplicable la exención relativa a las viviendas de protección oficial –ni siquiera cuando las mismas se destinan a familias numerosas- cuando la superficie máxima de estas supera, como aquí sucedía, los 90 metros cuadrados.

2. Como señalamos en los antecedentes de esta sentencia, el auto de admisión interesa de la Sala que dé respuesta jurídica a esas dos cuestiones (la determinación del sujeto pasivo y la procedencia de la exención); y lo hace en un orden que consideramos necesario alterar.

Y es que la cuestión de quién sea el sujeto pasivo del impuesto (el prestatario o el acreedor hipotecario) es previa al extremo relativo a la procedencia de la exención, pues si la Sala entendiera que la liquidación no debió girarse a la EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE RIVAS VACIAMADRID, S.A., el acto administrativo recurrido sería nulo y haría innecesario abordar cualquier otra cuestión –como la de las exenciones eventualmente aplicables-.

Dicho de otro modo, si el declarado obligado tributario es el único que discute la liquidación, la nulidad de esta por carecer el mismo de la condición de sujeto pasivo excluye ya toda consideración respecto de cualesquiera otros elementos del tributo.

**SEGUNDO. La regulación del impuesto sobre actos jurídicos documentados y la cuestión que –en relación con el sujeto pasivo- ha considerado el auto de admisión merecedora de interpretación.**

1. El análisis de este primer extremo controvertido -de previo estudio respecto del atinente a la exención, como se ha dicho- exige comenzar reproduciendo en lo esencial los preceptos (legales o reglamentarios) que disciplinan la cuestión litigiosa, concretamente:

a) El artículo 4 del texto refundido de Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, 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”.

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

c) 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”.

d) Los artículos 27, 28 y 31 de la norma expresada, que sujetan al impuesto sobre *actos jurídicos documentados*, por lo que ahora interesa, los *documentos notariales*, mediante una *cuota fija* (0,30 euros por pliego o 0,15 euros por folio, a elección del fedatario para las matrices y copias) y 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).

e) 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".

f) 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".

g) El artículo 68 del reglamento del impuesto 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*".

2. La sentencia recurrida coincide con el órgano liquidador en quién sea el sujeto pasivo del impuesto en estos casos, remitiéndose al respecto a un pronunciamiento anterior de la propia Sala y Sección (la sentencia de 9 de junio de 2016, dictada en el recurso núm. 867/2014) que se remite, a su vez, 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).

Se fundamenta la doctrina jurisprudencial reflejada en estas sentencias 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 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*”.

3. El auto de admisión señala que tiene 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*”.

Se dice, además, en el expresado auto 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”.

4. Resulta forzoso precisar ahora que la doctrina de la Sala Primera de este Tribunal que se cita en el auto de admisión ha sido corregida en dos sentencias del Pleno de dicha Sala de 15 de marzo de 2018 (recursos de casación núms. 1211/2017 y 1518/2017) en las que se afirma literalmente, en el particular que ahora nos interesa, lo siguiente:

“(…) 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 (...). 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.

En su virtud, 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 (...).

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 ss. del Reglamento).

El art. 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 art. el art. 68 del Reglamento del Impuesto contiene un añadido, puesto que tras reproducir en un primer párrafo el mismo texto del art. 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 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 art. 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 ss. 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 art. 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 art. 68 del Reglamento”.

**5.** El hecho de que la Sala Primera de este Tribunal haya corregido la doctrina que llevó a la Sección Primera de esta Sala a admitir el recurso que nos ocupa no tiene alcance alguno en punto al pronunciamiento de fondo que debemos efectuar en esta sentencia.

Resulta exigible, así, que resolvamos el litigio en los términos que el auto de admisión señaló, esto es, interpretando los preceptos legales y reglamentarios citados más arriba, a cuyo efecto tendremos forzosamente que determinar si la doctrina reiterada de esta Sala (según la cual, el sujeto pasivo del IAJD en las escrituras públicas de préstamo con garantía hipotecaria es el prestatario) debe ratificarse o, por el contrario, necesita ser matizada, corregida o cambiada.

Dicho en otros términos, la circunstancia de que el hecho determinante de la admisión del recurso (la existencia de un criterio de la Sala Primera de este Tribunal aparentemente contrario a la doctrina de la Sala Tercera sobre el particular) no concurra en los términos apreciados por el auto de admisión (al modificarse esa doctrina) no hace que el presente recurso de casación haya dejado de tener objeto por una suerte de pérdida sobrevinida de interés

casacional (desde luego, no alegada por ninguna de las partes), sino que se mantiene en su totalidad la necesidad de resolver el litigio, interpretando las normas correspondientes y analizando, insistimos, la jurisprudencia existente (para mantenerla, precisarla o cambiarla, como el auto de admisión nos dice).

**TERCERO. La configuración legal del impuesto sobre actos jurídicos documentados, modalidad documentos notariales.**

1. Una primera lectura de la normativa expresada más arriba permite colegir, sin especiales esfuerzos hermenéuticos, que la sujeción al gravamen de los *documentos notariales* tiene en cuenta los dos aspectos esenciales que el documento contiene: el formal (constituido por la escritura misma) y el material (representado por el acto o negocio jurídico que se documenta).

En relación con el primero –tal y como se sigue del artículo 31.1 de la Ley-, el gravamen se determina de manera *fija* y en atención exclusivamente al número de pliegos o folios que el documento contenga.

Para el segundo, por el contrario, la ley –los artículos 30.1 y 31.2- atiende al contenido del documento, esto es, al negocio que refleja el instrumento público, al punto de que la sujeción al gravamen de tal negocio exige, por lo que ahora 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.

Además, no se prevé en este segundo supuesto una cuota *fija* –como en el caso anterior- sino un porcentaje que se proyecta sobre el valor declarado en la escritura y, concretamente y por lo que hace al caso (préstamos con garantía), sobre el importe de la obligación o capital garantizado (comprendiendo también, como veremos, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos).

2. El sometimiento a gravamen del acto documentado en la escritura (el negocio o contrato) plantea la cuestión de la relación del impuesto que nos ocupa con el de transmisiones patrimoniales, pues en este 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 solo se sujetarán al impuesto los actos y contratos (del instrumento público) *no sujetos al impuesto sobre transmisiones patrimoniales*.

3. 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 el primero de los aspectos que hemos analizado (el gravamen al documento mismo, abstracción hecha del acto jurídico que se documenta en él).

Y respecto de la segunda, es posible que la mención al adquirente sea aceptable, pero solo –y sobre ello volveremos- 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. El sujeto pasivo del impuesto en las escrituras de préstamos con garantía hipotecaria en la normativa vigente y en la jurisprudencia.**

1. Como se sigue de las normas citadas en el primer fundamento, 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*”.

Así lo ha afirmado de modo reiterado nuestra jurisprudencia, que se ha referido en todos sus pronunciamientos a “la unidad del hecho imponible”, circunstancia que –como se verá inmediatamente- resultará esencial para determinar quién sea el sujeto pasivo del impuesto.

2. El acto jurídico que nos ocupa es, sin embargo, 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).

Cabe entonces afirmar, *prima facie*, que podríamos identificar dos *adquirentes*: el prestatario en cuanto al negocio traslativo de la suma que se le entrega y el acreedor hipotecario respecto de la hipoteca (pues en este segundo negocio solo el acreedor adquiere –propriadamente- derechos ejercitables frente al deudor).

3. La primera hipótesis (el adquirente y sujeto pasivo es el prestatario) cuenta con tres sólidos argumentos a su favor, que se desprenden de la reiterada jurisprudencia que citamos en el primer fundamento de derecho:

a) La hipoteca –en cuanto derecho real de garantía que es- es accesoria del negocio principal, el préstamo en nuestro caso, 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 texto refundido de la ley del impuesto –bien es cierto que en sede de la modalidad *transmisiones patrimoniales*- se refiere expresamente a este tipo de negocios complejos, afirmando 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.

**QUINTO. La necesidad de modificar la jurisprudencia sobre el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria.**

1. Aun reconociendo la solidez de buena parte de los argumentos en los que descansa la jurisprudencia actual, debemos corregirla porque, frente a la conclusión extraída por esa jurisprudencia, entendemos que el obligado al pago del tributo en estos casos 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.

Los razonamientos que siguen descansan, esencialmente, en tres consideraciones, referidas (i) al requisito de la inscribibilidad, (ii) a la configuración legal de la base imponible y (iii) al tenor literal del artículo 29 de la ley del impuesto.

2. Pero antes debemos salir al paso de la alegación –defendida por los recurridos 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 se sigue tal afirmación, desde luego, del artículo 8 del texto refundido pues, 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 apartado anterior, 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, como la ostenta también el “acreedor afianzado” en la constitución de fianza a la que se refiere el apartado e) del mismo artículo 8.

Pero 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.

La segunda, porque no alcanza la Sala a entender la razón por la que – de ser esa la voluntad del legislador- no hay precepto equivalente en la ley respecto de la modalidad de actos jurídicos documentados, pues el artículo 29 pudo aclarar –como hizo respecto de transmisiones patrimoniales- quién es el sujeto pasivo en un negocio complejo que la ley ha contemplado expresamente en un artículo aclaratorio (el artículo 15) referido exclusivamente a una modalidad tributaria distinta.

3. La primera razón que nos lleva a modificar nuestra jurisprudencia se refiere al requisito de la inscripción.

Hemos 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.

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 (artículo 15 del texto refundido, referido expresamente –como se ha visto- a la constitución del derecho de hipoteca en garantía de un préstamo).

Con independencia de la interesante disquisición de la doctrina civil sobre qué es lo realmente inscribible (si el título, los derechos reales inmobiliarios o los actos de mutación jurídico-real de los mismos), es lo cierto 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 (pues no modifica, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales).

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 contundentemente 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”.

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”.

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*, 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.

En otras palabras, si el tributo que nos ocupa solo 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 aquel de ellos que cumpla con tal exigencia.

De no ser así, esto es, 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.

4. La segunda razón tiene que ver, como dijimos, con la configuración legal de la base imponible en la parte del tributo que grava el contenido *material* del documento.

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) 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”).

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).

5. La correcta interpretación del precepto contenido en el artículo 29 (“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 expresión “en su defecto” no solo 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 entendemos baladí en el caso que nos ocupa, pues puede también ser un indicador de capacidad económica utilizable por 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 solo 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 nos 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. 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.

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.

6. Por lo demás, no entendemos que altere la conclusión expuesta la circunstancia de que el reglamento de desarrollo de la ley disponga, 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 dijimos 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 solo 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, 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.

El artículo 68.2 del reglamento, por tanto, no tiene el carácter interpretativo o aclaratorio que le otorga la jurisprudencia que ahora modificamos, sino que constituye un evidente exceso reglamentario que hace ilegal la previsión contenida en el mismo, ilegalidad que debemos declarar en la presente sentencia conforme dispone el artículo 27.3 de la Ley de esta Jurisdicción.

**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 documentos 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.

**SÉPTIMO. Innecesariedad de dar respuesta a la primera cuestión recogida en el auto de admisión.**

1. Como apuntamos en el primer fundamento de derecho de esta sentencia, la decisión que adoptamos en relación con el sujeto pasivo determina la disconformidad a derecho de la liquidación recurrida ante la Sala de Madrid, pues la liquidación fue girada a quien no tenía la condición de sujeto pasivo.

2. La citada declaración satisface plenamente la pretensión de nulidad deducida por la parte recurrente, lo que hace innecesario analizar la cuestión relativa a la eventual exención de las viviendas de protección oficial destinadas a familias numerosas.

3. Ello no obstante, conviene recordar la reciente sentencia de esta Sala y Sección de 9 de octubre de 2018 (recurso de casación núm. 4660/2017), en la que concluimos lo siguiente:

a) Los parámetros que han de tenerse en cuenta a efectos de la exención contenida en el artículo 45.I.B), 12ª, TRLIAJD son los establecidos en las normas estatales que regulan las características de las viviendas de protección oficial, pues son tales normas las que deben fijar, a los efectos de la exención, las condiciones de superficie máxima protegible, precio de la vivienda y límite de ingresos de los adquirentes que deben tenerse en cuenta para gozar de la exención aquí analizada.

b) Por tanto, en armonía con lo que ya hemos declarado en nuestra sentencia de 22 de mayo de 2018 (recurso de casación nº 96/2017), el Real Decreto 2066/2008 limita a 90 metros cuadrados útiles la superficie máxima, de la que hay que partir a los efectos de excluir de la exención debatida aquellos inmuebles que superen dicha extensión.

c) Además, la norma estatal de reenvío de la disposición fiscal que tipifica la exención no contempla la posibilidad de ampliar dicha superficie máxima para las viviendas de protección oficial cuando vayan destinadas a familias numerosas, pues de ser así se estaría produciendo una extensión analógica del ámbito de la exención, en contra de la explícita prohibición que contiene el artículo 14 de la Ley General Tributaria”.

**OCTAVO. Resolución de las cuestiones que el recurso suscita y pronunciamiento sobre costas.**

1. Consecuencia obligada de lo que acabamos de exponer es, en primer lugar, la estimación del recurso de casación y la revocación de la sentencia de instancia en cuanto desestimó el recurso jurisdiccional por entender que el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados era el prestatario y no –como hemos razonado- el acreedor hipotecario.

Y, como resultado lógico de aquella estimación, debe anularse la liquidación recurrida pues el sujeto pasivo del impuesto no era el considerado por la Oficina de Inspección de la Comunidad de Madrid, lo que hace que el que ésta tuvo en cuenta como obligado tributario no deba abonar el discutido tributo.

2. Y en cuanto a las costas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, al no apreciarse mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procede declaración expresa de condena en dicho concepto en lo que se refiere a las causadas en este recurso de casación. Y respecto de las correspondientes a la instancia, cada parte abonará las suyas y las comunes por mitad.

**FALLO**

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

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.

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

Así se acuerda y firma.

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. José Díaz Delgado

D. Ángel Aguallo Avilés

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Jesús Cudero Blas

D. Dimitry Berberoff Ayuda