



MONOGRÁFICO

GIRO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL SUJETO PASIVO EN LAS ESCRITURAS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

- DAÑOS COLATERALES DE LA STS 1505/2018, DE 16 DE OCTUBRE (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA). Luis Javier Almansa Moreno-Barreda.

DE LA EFICACIA *RATIONE TEMPORIS/PERSONARUM* DE LAS SENTENCIAS. Juan Manuel Alegre Ávila.

- OVERRULING DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL IMPUESTO DOCUMENTAL (AJD) SOBRE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. José Luis Martín Moreno.
- NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE EL SUJETO PASIVO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: «HOUSTON, WE HAVE A PROBLEM». Gerardo Moreu Serrano.
- VALORACIÓN DEL IMPACTO ECONÓMICO DE LA SENTENCIA 1505/2018 (ESCENARIO DE DEVOLUCIÓN-LIQUIDACIÓN DE LOS CUATRO ÚLTIMOS AÑOS). Elaborada por VALPROFIN. José Antonio Iturriaga y Gerardo Moreu Vijande.

ΑΛΕΘΕΙΑ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO



ISSN 1887-0929

Aletheia

CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO
COMITÉ CIENTÍFICO

SOSA WAGNER, FRANCISCO

SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, JESÚS

SAIZ DE MARCO, ISIDRO

RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL

PINTOS SANTIAGO, JAIME

MOREU SERRANO, GERARDO

MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO CAIADO

MARTÍN MORENO JOSÉ LUIS

MARTÍN CRISTÓBAL, JOSÉ

SECRETARIO:

RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL

SECRETARIA ADJUNTA:

PARERA CARRETERO, SOLEDAD

GONZÁLEZ ALONSO, BENJAMÍN

GUILLÉN LÓPEZ, ENRIQUE

GALLARDO CASTILLO, M^a JESÚS

GALÁN JUÁREZ, MERCEDES

FERNÁNDEZ PALMA CRISTINA

CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE

CHAVES GARCÍA, JOSÉ R.

CAMY ESCOBAR, JESÚS

CAIADO AMARAL, RAFAEL

BORBÓN Y CRUZ, MILAGROS

BELADÍEZ ROJO, MARGARITA

ALMANSA MORENO-BARREDA, JAVIER

[Ver sumarios y archivos a texto completo desde 2006](#)

NÚMERO MONOGRÁFICO 2018

SUMARIO:

PRESENTACIÓN (José Luis Martín Moreno)

DOCTRINA

Daños colaterales de la STS 1505/2018, de 16 de octubre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda).

Luis Javier Almansa Moreno-Barreda.

De la eficacia *ratione temporis/personarum* de las sentencias.

Juan Manuel Alegre Ávila.

Overruling del Tribunal Supremo en el impuesto documental (AJD) sobre los préstamos hipotecarios.

José Luis Martín Moreno.

Nueva jurisprudencia del TS sobre el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios: «Houston, we have a problem».

Gerardo Moreu Serrano.

Valoración del impacto económico de la sentencia 1505/2018 considerando el escenario de devolución-liquidación de los últimos cuatro años (en torno a 2.900 millones de euros).

**Elaborado por VALPROFIN (Valoración de Productos Financieros).
José Antonio Iturriaga y Gerardo Moreu Vijande**

Nota: La Revista no se identifica necesariamente con las opiniones de los autores, que asumen la autoría y el contenido de sus trabajos y los eventuales errores u omisiones.

... Dispuesto, pues, el corazón a creer lo que te he dicho, está, ¡oh hijo!, atento a este tu Catón, que quiere aconsejarte y ser norte y guía que te encamine y saque a seguro puerto deste mar proceloso donde vas a engolfarte; que los oficios y grandes cargos no son otra cosa sino un golfo profundo de confusiones

(Don Quijote de La Mancha, Segunda parte, Capítulo XIII, *De los consejos que dio don Quijote a Sancho Panza antes que fuese a gobernar la ínsula, con otras cosas bien consideradas*).

«OVERRULING» DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL IMPUESTO DOCUMENTAL (AJD) SOBRE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

José Luis Martín Moreno



La pensadora, de Aristides Maillol

1. EN LA FRAGUA DE VULCANO: DOS DÉCADAS DE JURISPRUDENCIA SOBRE EL SUJETO PASIVO DEL AJD EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Durante casi dos décadas el Tribunal Supremo ha afirmado reiteradamente, en más de una decena de ocasiones, que el impuesto de actos jurídicos documentados sobre las escrituras de préstamo hipotecario (en su modalidad de cuota variable) corre a cargo del prestatario y no del banco prestamista. Dicha interpretación quiebra con la sentencia de 16 de octubre de 2018, dictada por la Sala Tercera, Sección Segunda, de la que ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas. Se trata de la sentencia 1505/2018, recaída el recurso de casación núm. 5350/2017.

Posteriormente, el 22 de octubre, el mismo órgano judicial dicta otra sentencia resolviendo el recurso de casación 4900/2017 en la que por seguridad jurídica y unidad de doctrina se remite a la STS 1505/2018, dada la identidad de las partes contendientes y cuestiones planteadas. El 23 de octubre se dicta una nueva sentencia que fue deliberada conjuntamente con las dos anteriores (esta vez en respuesta al recurso de casación 1168/2017). En ella se abordan las mismas cuestiones y también coinciden las partes, de modo que se reitera lo razonado y decidido en la STS 1505/2018.

En efecto, el giro jurisprudencial que examinamos se destaca en el voto particular disidente formulado frente a la STS 1505/2018 por el Magistrado Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda, quien señala la existencia de una línea jurisprudencial uniforme y sin contradicciones sustanciales —desde la STS de 19 noviembre 2001, rec. 2196/1996, hasta la más reciente de 22 noviembre 2017, rec. 3142/2016, que cita a título de ejemplo— que se ha mantenido estable a lo largo de los años.

Del mismo modo, escasos meses antes, en dos sentencias de 15 de marzo de 2018, la Sala Primera del TS — Sala de lo Civil— sale de dudas y subraya que la Sala Tercera del TS ha sostenido en numerosas ocasiones que el sujeto pasivo es el prestatario (SSTS de 19 de noviembre de 2001, rec. 2196/1996; 20 de enero de 2004, rec.158/2002; 14 de mayo de 2004, rec. 4075/1999; 20 de enero de 2006, rec.693/2001; 27 de marzo de 2006, rec 1839/2001; 20 de junio de 2006, rec. 2794/2001; 31 de octubre de 2006, rec. 4593/2001; 6 de mayo de 2015, rec. 3018/2013, y 22 de noviembre de 2017, rec. 3.142/2016. En ellas, como reconoce la Sala Primera del TS corrigiéndose a sí misma, 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, del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP-AJD).

Desde 2004, la Sala de lo Contencioso fijó dicho criterio de manera contundente, de modo que la cuestión parecía atada y bien atada. El TS no había pasado de puntillas sobre el problema. La STS de 20 enero 2004 (rec. 158/2002) deja claro tanto quién es el contribuyente como que el artículo 68 del Reglamento del Impuesto no es ilegal ni inconstitucional. En el sentido antes apuntado, el Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda, el Magistrado disidente de la STS de 16 de octubre de 2018 critica que ésta anule ahora el artículo 68 del Reglamento pese a que la extralimitación del mismo quedó descartada en la STS de 20 enero 2004 que acabamos de mencionar y señala que algunas de las sentencias del Tribunal Supremo antes enumeradas mantienen que el sujeto pasivo a efectos de AJD es el prestatario sin omitir que los artículos 8 y 15 del Texto Refundido del ITP-AJD se ubicaban sistemáticamente en sede de la “modalidad” de transmisiones patrimoniales.

También es cierto que el propio Tribunal Constitucional (TC) confirmó dicho criterio (autos 24/2005 y 223/2005), si bien es importante destacar que nunca lo hizo desde la perspectiva de su compatibilidad con el derecho constitucional de acceso a una vivienda digna. Problema no menor, pues no es lo mismo otorgar un préstamo hipotecario para expandir un negocio que hacerlo, endeudándose hasta las cejas, para adquirir una modesta morada. Es más, el análisis del TC no es todo lo sólido que debiera e incurre en alguna confusión de tipo técnico al referirse a la naturaleza del gravamen variable sobre la primera copia de las escrituras públicas, que es el que afecta a las que documentan la constitución de préstamos hipotecarios.

Y en este contexto no parece justificado que se agrave la carga impositiva por escriturar una hipoteca para garantizar el préstamo al que acude quien carece de dinero para adquirir su vivienda.

2. AHORA ESTOY EN PINTO, AHORA EN VALDEMORO. «OVERRULING» DEL TRIBUNAL SUPREMO POR PARTIDA DOBLE



La referida STS de 16 de octubre de 2018, de la Sala Tercera, produjo un tsunami jurídico al modificar su jurisprudencia y concluir que el obligado al pago del impuesto en las escrituras notariales de préstamo hipotecario es el banco que presta y “adquiere” la garantía hipotecaria que exige al cliente para cubrir la suma prestada y sus intereses en caso de impago. Según la sentencia, la clave está en la interpretación del artículo 29 del Texto Refundido del ITP-AJD, que no consideró necesario especificar quién es el “adquirente” gravado por la escrituración del préstamo hipotecario. Sobre este particular, la sentencia afirma que: *«si no lo hizo fue porque consideró que lo verdaderamente relevante en el repetido negocio complejo, a efectos de su sometimiento a gravamen, era la necesidad de inscripción, requisito que fundamenta la aplicación del tributo y que concurre exclusivamente en la hipoteca. El artículo 68.2 del reglamento, por tanto, no 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»*.

Antes, la sentencia explica que, inequívocamente, *«el aspecto principal (único) que el legislador ha contemplado en el precepto citado es la hipoteca, máxime si se tiene en cuenta que aquellos extremos (los intereses, las indemnizaciones o las penas por incumplimiento) sólo pueden determinarse porque figuran en la escritura pública de constitución de hipoteca y porque son las que permitirán que el acreedor pueda ejercitar la acción privilegiada que el ordenamiento le ofrece»*. Ese acreedor ostenta la capacidad económica objeto de gravamen, según el TS. En este punto, la sentencia afirma lo siguiente: *«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)»*

A mi juicio el nuevo criterio adoptado por la STS de 16 de octubre de 2018 es correcto, y la modificación de la jurisprudencia está formalmente motivada, aunque falten algunos perejiles que son importantes cuando se sirve un plato de estas características. Más adelante, cuando el camino esté libre de hojarasca, pretendo explayarme sobre esta cuestión. Ahora me limito a un comentario de urgencia, exponiendo mi parecer sobre lo sucedido y sobre lo que está por venir, no porque tenga aficiones de nigromante, sino porque creo que resulta posible aventurar el desenlace más previsible, ateniéndonos a los parámetros que deben imperar en la formación y modificación de la jurisprudencia.

En cierto modo ésta es la crónica de un movimiento telúrico, provocado por un overruling del Tribunal Supremo. Permítaseme la licencia que adopto al emplear este término porque viene de perillas, ya que en el sistema jurídico anglosajón alude a la revocación de la jurisprudencia vinculante por el mismo órgano que la dictó, una especie de válvula de escape para evitar la momificación del precedente judicial.

Lo sorprendente es que en este caso hablamos de un overruling por partida doble y no motivado por cambios normativos ni de la realidad social sobre la que opera el tributo. Aquí radica la singularidad y la excepcionalidad del caso. El primer “overruling” es de la Sala de lo Civil del TS y el segundo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Veámoslos.

2.1. Overruling de la Sala de lo Civil.

Según medios periodísticos, algunos magistrados han reconocido que en el origen de este lío puede estar en la inexperiencia en la aplicación del nuevo recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que en 2015 se adentró en terreno ajeno. En efecto, la STS de 23 de diciembre de 2015, Sala de lo Civil, está en el origen de una nueva oleada de recursos y sembró la duda en la Sala Tercera, al sostener que el sujeto pasivo del impuesto en cuestión no es el prestatario sino el banco prestamista, razonamiento previo a la declaración de abusividad de una cláusula de la que podría deducirse que el banco traslada sobre el prestatario la carga tributaria, algo ontológicamente imposible; a mi juicio un notable error de la Sala de lo Civil en 2015, porque la obligación tributaria nace de la ley y no de un pacto entre el banco y el prestatario. Por definición, la obligación tributaria es indisponible para los particulares. Sin embargo, acertó al considerar que el sujeto pasivo no es el prestatario.

Cuando se admitió el recurso de casación que dio lugar a la STS de 16 de octubre de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, aclaro nuevamente, para que no se pierda el lector) el auto de admisión a trámite vino a expresar: *«el hecho determinante de la admisión del recurso es la existencia de un criterio de la Sala Primera de este Tribunal aparentemente contrario a la doctrina de la Sala Tercera sobre el particular»*. Ese interés casacional determinante de la admisión a trámite del recurso que da lugar a la sentencia de 16 de octubre de 2018, según el propio TS, habría desaparecido sobrevenidamente cuando el TS se dispuso a dictar la sentencia 1505/2018 (tesis del Magistrado disidente), pues en ese momento la Sala de lo Civil del TS ya había protagonizado un caso de overruling (quizá no en el sentido más riguroso del término) al corregirse a sí misma en las SSTS de 15 de marzo de 2018 (dictadas en los recursos de casación núms. 1211/2017 y 1518/2017) “abrogando” la errónea doctrina que sentó en 2015 sobre la cuestión que nos ocupa. En efecto, en estas sentencias la Sala de lo Civil volvió a colocarse en línea con la Sala de lo Contencioso-Administrativo, a cuya cita se remite para recordar que ésta ha venido reiterando que el sujeto pasivo es el prestatario.

Al calificar en 2015 como “abusiva” una cláusula habitual en estos negocios jurídicos, la Sala de lo Civil del TS atribuyó la condición de sujeto pasivo al banco. Quizá no fue consciente de que se estaba adentrando en un terreno propio de la jurisdicción contencioso-administrativa, ventilando indirectamente una cuestión sobre la que ya existía copiosa jurisprudencia en sentido contrario a lo afirmado por la Sala de lo Civil. Más allá de lo anterior, cometió un error al sentar dicha calificación de abusividad sobre un extremo en el que la cláusula (si es que realmente abarcaba el pago del impuesto por AJD) resultaba inane.

Ninguna de las partes en un préstamo hipotecario tiene poder de disposición sobre los elementos de la relación jurídico-tributaria. La determinación del sujeto pasivo de un tributo corresponde al legislador (es expresión de la potestad de imperio se decía en la doctrina clásica). En este sentido, la Ley General Tributaria (Ley 58/2003), dispone en su artículo 17.4 que *“Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración”*

En concordancia con lo anterior, el artículo 232.2.d) de la Ley General Tributaria sienta claramente que no estarán legitimados para promover las reclamaciones económico-administrativas quienes asuman obligaciones tributarias en virtud de pacto o contrato

Aunque la sentencia de la Sala de lo civil de 23 de diciembre de 2015 no sea representativa de un precedente mantenido reiteradamente en el tiempo y aplicado en numerosos litigios, lo cierto es que sus efectos se han dejado sentir. Escribiendo estas líneas leo en la prensa que un juzgado de Málaga ha dictado una “sentencia histórica” (la historia se empequeñece por momentos) que obliga al banco a devolver al cliente el impuesto que este pagó a Hacienda por la escritura pública de constitución de préstamo hipotecario otorgada hace once años. La noticia señala que el pleito ha sido ganado por un conocido despacho especializado en reclamaciones frente a los bancos por cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios; un despacho que —se dice en el medio— cuenta con 150.000 clientes y que en los próximos días espera recibir miles y miles de nuevos clientes para reclamar la devolución de lo ingresado por el gravamen de actos jurídicos documentados en escrituras de préstamo hipotecario. La trascendencia es evidente y se dice que la sentencia ha sido dictada por el Juzgado tras conocer la nueva jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso del TS. Supongo que el Juzgado está en el error referido y no se percata que estamos ante una relación tributaria y quizá ignora también que la Sala de lo Civil corrigió su propia doctrina en las sentencias de 15 de marzo de 2018, antes citadas, para acoger el tradicional criterio empleado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, esto es, el que sienta que el sujeto pasivo es el prestatario y no el banco prestamista.

No sé si es justo afirmar como se ha dicho que fue la sentencia de la Sala de lo Civil de 2015 la que abrió la Caja de Pandora. Visto de otro modo, también resulta destacable que un planteamiento erróneo en cuanto a la calificación de abusividad de un extremo indisponible para las partes tuvo la virtualidad de resucitar un viejo debate que ha llevado modificar la jurisprudencia sobre el sujeto pasivo en la escrituras de préstamo hipotecario. Hay un nexo indiscutible entre dicha sentencia y el cambio de criterio jurisprudencial de la Sala Tercera. En efecto, la propia Sala de lo Contencioso advierte sobre esta “autoenmienda” o “corrección” de la Sala de lo Civil, efectuando un resumen de la argumentación que emplea la Sala Primera en ese overruling al que me vengo refiriendo:

«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 aquel 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 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 (...)» [así se resume la autocorrección de la Sala de lo Civil en el FD segundo, apdo. 4, de la STS de 16 de octubre].

En esta tesitura, reiteramos que cuando llegó la hora de decidir si el recurso de casación objeto de la sentencia 1505/2018 de 16 de octubre —sobre la gira esté comentario— éste había perdido sobrevenidamente el interés casacional, al menos por el motivo objetivo expresado en el auto de admisión del recurso (el overruling de la Sala Primera borraba la contradicción surgida en 2015). Sin embargo, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo niega tal pérdida sobrevenida del interés casacional. No sólo eso, sino que la mayoría que aprueba la Sentencia precisa que: *«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»* (en la susodicha STS de 16 de octubre, FD segundo, apdo. 5). Por el contrario, la sentencia efectúa las siguientes consideraciones:

«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 sobrevenida 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)»

2.1. Overruling de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Las tres sentencias firmes dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo el 16 de octubre protagonizan sin duda un caso de “overruling”, ya hemos dado cuenta de las razones esgrimidas por la mayoría de la Sala para sentar el nuevo criterio sobre el sujeto pasivo en las escrituras de préstamos hipotecario. La sentencia 1505/2018, de 16 de octubre, y las dos siguientes dictadas en el mismo sentido dedican el quinto fundamento de Derecho a justificar la necesidad de modificar la jurisprudencia sobre el sujeto pasivo

del impuesto sobre actos jurídicos documentados en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria. La sentencia 1505/2018 comienza reconociendo la solidez de buena parte de los argumentos en los que descansa la jurisprudencia existente hasta el momento, pero subraya que debe corregirse *«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»*. El mismo fundamento de Derecho precisa que los razonamientos que llevan a modificar la doctrina descansan, esencialmente, en tres consideraciones: la referida al requisito de la inscribibilidad, la relativa a la configuración legal de la base imponible y la que versa sobre el tenor literal del artículo 29 de la Ley del impuesto.

Como digo se trata de un cambio de criterio explícito y motivado, pero entre los perejiles que echo en falta en la STS 1505/2018 de 16 de octubre de 2018 está el de la realización de un mínimo análisis sobre la posición mantenida por el Tribunal Constitucional en sendas cuestiones de inconstitucionalidad resueltas mediante los autos 23/2005 y 224/2005. La STS de 16 de octubre (Sala de lo Contencioso-Administrativo) sólo los menciona indirectamente y lo hace al relatar lo sucedido en la Sala de lo Civil, esto es, al transcribir parcialmente las SSTs de 15 de marzo de 2018 (dictadas en los recursos de casación núms. 1211/2017 y 1518/2017) ya citadas. Sorprende, pues, que la STS de 16 de octubre de 2018 no valore la interpretación realizada por el TC sobre la constitucionalidad del precepto reglamentario que anula y sobre el acomodo a nuestra Carta Magna de la solución que establece que el sujeto pasivo es el prestatario, por no conculcar los principios de capacidad tributaria y progresividad previstos en el artículo 31 de la CE. Y ello aunque, como he dicho, el TC no agotara entonces la cuestión al no analizar el problema desde la óptica del derecho constitucional de acceso a la vivienda, a cuyo fin sirve en muchos casos el préstamos hipotecario.

Con estos precedentes hay razones para profundizar en la interpretación que lleva a sostener la relevancia del principio de capacidad contributiva para justificar el giro jurisprudencial. En este sentido lo expone el Magistrado Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén en el voto particular concurrente que formula a la sentencia de 1505/2018. Dicho Magistrado expresa que comparte el fallo y la solución interpretativa que acoge pero lamenta que los postulados del artículo 31 de la Constitución no hayan sido traídos al primer plano, como principal patrón hermenéutico para resolver el problema. Asimismo, considera que la sentencia comentada debería haber llamado la atención sobre que la genérica tributación sobre actos jurídicos documentados no engloba un único tributo sino dos: el gravamen sobre documentos notariales y el gravamen sobre actos jurídicos documentados notarialmente. Dos tributos muy diferentes, de distinta naturaleza y régimen jurídico. A este respecto, señala que la principal diferencia resultante de esa dualidad es que las actuaciones o conductas que materializan el hecho imponible son distintas en una y otra figura tributaria. Así, en el tributo sobre los documentos notariales (de cuota fija), el hecho imponible se realiza con la simple autorización o expedición del documento notarial de que se trate; mientras que en el tributo sobre el acto jurídico notarialmente documentado es un específico contenido de este acto jurídico el que interviene en la realización del hecho imponible y tiene influencia en la cuantificación de la obligación tributaria. Otra diferencia, muy ligada a la anterior, señala el Magistrado, es la justificación que tiene el gravamen en cada una de esas dos figuras tributarias, ya que en el que llama “tributo sobre los actos jurídicos documentados notarialmente” su fundamento es la mayor protección substantiva y procesal que ofrece la fe pública notarial respecto de actos y contratos en los que concurren estas dos notas: que tengan por objeto

una cantidad o cosa evaluable económicamente; y que sean inscribibles en los registros que enumera el artículo 31.2 del TR/LITP/AJD

Sin perjuicio de lo anterior, en este punto me interesa destacar nuevamente el origen del “*overruling*”, que no viene dado por ningún cambio normativo o de la realidad social, sino por el reconocimiento de un error en el que el TS se instaló hace más de dos décadas. El Magistrado disidente en la sentencia 1505/2018 se hace eco de esta singularidad, aunque finalmente señala: «Ahora bien, pese a no concurrir en mi opinión ninguna de las anteriores circunstancias (modificación normativa, contradicción jurisprudencial o criterios distintos a los hasta ahora considerados) nada impide que la reinterpretación o una nueva valoración sobre elementos normativos y jurisprudenciales preexistentes puedan justificar la modificación de la jurisprudencia». En este sentido, trae a colación la doctrina del TC que en su sentencia 27/1981, de 20 de julio señala que el derecho ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social, como instrumento de progreso y de perfeccionamiento (FJ 10). Además, precisa, es evidente que la seguridad jurídica no resiste el inmovilismo anclado en una jurisprudencia construida sobre premisas erróneas o incoherentes. Pese a aceptar este planteamiento, el Magistrado disidente entiende que «no estamos ante este escenario pues, incluso, concurren sólidos motivos para ratificar la jurisprudencia en torno al artículo 29 TRLITPAJD» a la vista de los argumentos que esgrime.

La expresión “nada impide” empleada por dicho Magistrado para justificar la viabilidad de la modificación de la jurisprudencia sin la existencia de un *novum* no debería interpretarse como una posibilidad ilimitada dependiente de la sola voluntad del TS de modificar la jurisprudencia que durante décadas ha podido interpretar de manera errónea un conjunto de normas. Si ello fuera así el TS se convertiría en un poder arbitrario y su autoridad mermaría hasta un punto de ruptura de la confianza de los ciudadanos en el sistema judicial. De ello me ocupo brevemente (apenas esbozo el problema) al referirme después al *overruling* en la jurisprudencia del TS y otros órganos judiciales en EEUU.

3. EL TS SE ENGOLFA EN UN PROCELOSO MAR

Tras conocerse la STS 1505/2018 la banca se desplomó en la bolsa (en tan sólo unos días los bancos han perdido ocho mil millones de euros de capitalización bursátil). Un día después de que fuera dictada, el viernes 19 de octubre, el Presidente de la Sala Tercera emitió una nota informativa en la que afirma que la sentencia «supone un giro radical en el criterio jurisprudencial hasta ahora sustentado y habida cuenta, asimismo, de su enorme repercusión económica y social», acuerda con carácter urgente «avocar al Pleno de la Sala el conocimiento de alguno de dichos recursos pendientes, a fin de decidir si dicho giro jurisprudencial debe ser o no confirmado».

El sábado 20 de octubre, el periódico Ideal se hacía eco de la referida nota informativa con el siguiente titular: «Giro insólito del Supremo tras el batacazo bancario por su sentencia». Otros muchos medios emplearon calificativos similares. Podemos imaginar a los afectados esperanzados en una devolución del impuesto satisfecho quejándose por lo que parece anticipar dicha nota informativa: ¡Agárrate, me malicio lo peor! ¡Ay qué poco dura la alegría en la casa del pobre!

En el artículo de opinión publicado en Ideal me preguntaba: ¿Pero acaso no se ha reparado en que la sentencia dictada es una sentencia firme que anula un precepto



reglamentario con valor *erga omnes* (no sólo afecta a las partes del litigio sino a todos) y no tiene vuelta atrás?

Parece que el TS se ha metido en un atolladero. Para salir del proceloso mar y arribar a puerto seguro hace falta, como decía Don Quijote a Sancho, orientación y guía, esquivando la senda que lleva a un golfo de profundas confusiones.

Estos días se han dicho muchas tonterías y gordas, como que se trata de una sola sentencia y se necesitan dos o más para sentar jurisprudencia. ¿Desde cuándo es necesario que haya varias sentencias anulatorias para entender que un precepto reglamentario ha sido expulsado del ordenamiento jurídico? Y para más *inri* resulta que cuando se emite la nota ya se habían dictado dos sentencias más en el mismo sentido, como vimos al principio.

Me preguntaba con qué herramientas cuenta el Pleno de la Sala Tercera para revertir dicha anulación. Creo que el pleno del día 5 de noviembre no rectificará la jurisprudencia sentada tan recientemente por la Sección Segunda de la Sala Tercera. No debe ni puede hacerlo.

Nuestro recurso de casación se ha acercado al procedimiento de “certiorari” ante el TS de EEUU y por ello es bueno recordar que allí se percibe que la doctrina del “*stare decisis*” es buena porque aporta estabilidad y seguridad jurídica para los ciudadanos, los operadores jurídicos y los operadores económicos. Aunque el mantenimiento del precedente no tiene un valor absoluto, la doctrina del “*stare decisis*” frena los cambios súbitos. El “*overruling*” tiene que estar justificado en unas concretas circunstancias que lo hagan viable a los ojos de los ciudadanos, porque de otro modo se puede percibir como giro caprichoso o arbitrario. *Mutatis mutandis*, me remito al análisis del profesor Walker (John M. Walker, Jr.: «The Role of Precedent in the United States: How Do Precedents Lose Their Binding Effect?», Stanford Law School China Guiding Cases Project, Feb. 29, 2016, <http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/15-John-Walker>

Como indica dicho profesor, la doctrina del “*stare decisis*” protege las expectativas legítimas de quienes viven bajo el imperio de la ley y garantiza que el cambio jurisprudencial opere gradualmente. Sólo se osa discutir el precedente vinculante cuando existen sólidas razones y una justificación especial para “abrogar” el precedente; una justificación que puede obedecer a que el mismo se ha convertido en inviable o se ha abandonado en la práctica y se ha convertido en un anacronismo. También puede obedecer a cambios normativos o a la transformación de la realidad social sobre la que opera. Éste último podemos comprobarlo en la decisión del TS de EEUU de 21 de junio de 2018 (asunto *Wayfair v. Dakota del Sur*) que sienta una solución diferente a la establecida en *Quill Corp. v. Dakota del Norte*, en 1992, en la que el precedente prohibía a los Estados exigir el impuesto sobre ventas por correo a empresa que no estuvieran radicadas en su territorio. En 2018 el TS de EEUU considera que la situación cambia en la era de internet, de modo que permite gravar las “ventas online”, aunque las vendedores no tengan establecimiento permanente en un determinado Estado. Lo reñido de la votación (5-4) da idea de la dificultad del “*overruling*”.

En este plano se valora si existen razones convincentes para fundamentar el cambio y en qué medida podría éste menoscabar el principio de confianza legítima, pero también, y de manera especial, se tiene en cuenta si una determinada decisión podría poner en tela de juicio la integridad del Tribunal, dando a entender que la sustitución del precedente obedece a presiones o a motivaciones personales.

4. LA INSTITUCIÓN EN CANDELERO Y BAJO FUEGO A DISCRECIÓN

Haya paz. El Presidente del TS deshace ciertos equívocos, pone paz entre los magistrados y anuncia un Pleno de la Sala para el 5 de noviembre. En efecto, el pasado lunes, el Presidente del TS ha comunicado que ese día se examinarán los recursos pendientes, pero advierte que la sentencia en cuestión es firme y no susceptible de revisión, como también lo son las otras dos que se votaron y fallaron el mismo día con similar objeto.

5. *ALEA IACTA EST. LA SUERTE ESTÁ ECHADA.*

Creo que podemos decir como hizo Julio César al cruzar el Rubicón. El Pleno no dará marcha atrás. Modificar en apenas quince días una jurisprudencia recién estrenada, que ha corregido conscientemente una jurisprudencia de más de dos décadas, y en el contexto que hemos descrito produciría una crisis de legitimidad y de autoridad que afectaría al Tribunal Supremo de manera inevitable. El coste reputacional para nuestro más Alto Tribunal sería tal que si se pudiera medir en términos económicos ascendería a una cantidad superior a la que pueda resultar de la aplicación de la nueva sentencia para las entidades concernidas. Reproduzco en inglés lo que al respecto recuerda el profesor Walker: “When a case is surrounded by public controversy, “to overrule under fire in the absence of the most compelling reason” might call into question the Court’s integrity. “[O]nly the most convincing justification” could assuage public concerns that “a later decision overruling the first was anything but a surrender to political pressure [or the result of a change in court personnel], and an unjustified repudiation of the principle on which the Court staked its authority in the first instance.”

Quizá perfilará el alcance de la nueva jurisprudencia en el tiempo, pero no puede hacerlo al margen de la ley. Pues bien, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone en su artículo 73 que este tipo de sentencias no afectan por sí mismas a la eficacia de actos administrativos firmes en los que se aplicó la norma anulada. Por tanto, los perjudicados no pueden obtener la devolución del impuesto que ingresaron si Hacienda dictó una liquidación y ésta adquirió firmeza por no haberse recurrido en plazo. En cambio, no existiendo liquidación firme, pueden solicitar la rectificación de sus propias autoliquidaciones, pero con el límite de cuatro años, según la Ley General Tributaria (art. 66).

Por todo lo dicho, creo que el 5 de noviembre no habrá vuelta atrás, pero se ha transmitido una pobre impresión sobre el funcionamiento del TS. Lo que más preocupa es que ha cundido el desconcierto y ha existido precipitación y descoordinación. A los ojos de los ciudadanos en ocasiones puede parecer que existen tantos Tribunales Supremos como Salas, tantas Salas como Secciones y tantas Secciones como magistrados ponentes. Alejandro Nieto decía al respecto que en muchos órganos judiciales colegiados sólo trabaja el ponente de cada caso y los demás magistrados "se limitan a firmar en barbecho". Sabemos que esto último no ha sucedido en la deliberación de la sentencia de marras, como evidencian los votos particulares. En todo caso, lo sucedido es una lección de la que deberíamos aprender porque la Justicia debe ser una señora parsimoniosa y sus iuris prudentes los son por regla general, pero aquí ha faltado serenidad.

6. EL THRILLER CONTINÚA

Queda por dilucidar si se intentará presentar un incidente de nulidad frente a las sentencias porque no se ha dado la oportunidad de que la banca intervenga en estos procedimientos pese a ser parte concernida por la anulación del artículo 68 del Reglamento. Queda por ver si la banca alegará que está amparada por el principio de protección de la confianza legítima cuando Hacienda le reclame el impuesto de los cuatro últimos años.

El thriller continúa por veredas inesperadas y la incertidumbre también. La crítica es legítima. No lo es el inicio de alevoso “pin pan pun” contra el Tribunal Supremo. La banca se ha atenido en este caso a la norma y a la jurisprudencia porque se trata de una relación tributaria y el sujeto obligado no lo determinan los pactos entre el banco y el prestatario. No ha sido la banca la que ha desplazado el pago del impuesto sobre quien no debía, sino el legislador desacertado y perezoso. Esta no es una historia de víctimas y abusadores; de David contra Goliat. La banca no ha actuado como un sacamantecas.

Distinto es que algunas cláusulas que impone a sus clientes en los préstamos hipotecarios incluyan abusivamente otros conceptos e impuestos que a ella le incumben. Dejemos que la Sala de lo Contencioso y de lo Civil del TS actúen sin presiones y apliquen la sabiduría que atesoran sus magistrados. Y cuando toque justa crítica a sus resoluciones hágase con fundamento y no a tontas ya locas o con maldad para proyectar la imagen del más Alto Tribunal como institución parcial y politizada que se vende al mejor postor. Cese ya la demagogia que ataca a las instituciones del Estado para pescar en río revuelto y que cada palo aguante su vela.

7. SOBRE CÓMO GESTIONAR LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA.

El legislador debe actuar para que la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial se realice del modo más seguro y eficaz y con el menor coste posible para los interesados, evitando que las Administraciones y los Tribunales se vean colapsados por reclamaciones y recursos. Gerardo Moreu sugiere en este monográfico un procedimiento que contaría con la colaboración del notariado. Los juristas somos imaginativos para salir con bien de estas situaciones. Creo que hay diversas fórmulas válidas, como la que sugiero en la presentación de este monográfico. Se trataría de configurar un procedimiento ágil, evitando trámites burocráticos y litigios. Instrumentar un procedimiento de compensación en los préstamos hipotecarios “vivos, puede ser uno de ellos. Tenemos un problema similar con relación a las solicitudes de devolución de lo tributado por la prestación de maternidad, declarada exenta por el TS; un problema que afecta a más 200.000 personas, y para el que la AEAT ha diseñado un formulario online sencillo que permitirá calcular el importe de la rectificación de autoliquidación y agilizar las devoluciones. Me remito a lo que expongo en la presentación, porque hay que proporcionar una solución que esté a la altura de la circunstancias.

8. EL DEBATE MÁS IMPORTANTE: ¿QUÉ HACER CON EL IMPUESTO SOBRE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS EN EL PROCESO PENDIENTE DE REFORMA DEL SISTEMA TRIBUTARIO? SUPRESIÓN O REFORMULACIÓN

No hay mal que por bien no venga. Todo lo sucedido sobre las cláusulas abusivas debería traducirse en la configuración de un marco de transparencia y seguridad para los préstamos hipotecarios, dada la trascendencia del mercado hipotecario en nuestra economía. Del mismo modo, el overruling del TS sobre el sujeto pasivo debiera verse como una oportunidad para mejorar el funcionamiento del TS y como una ocasión para debatir sobre el mantenimiento o supresión de un impuesto que recae sobre un documento notarial (forzosamente notarial, para que sea posible la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad). Su peso recaudatorio es escaso en comparación con los principales impuestos de nuestro sistema tributario y además en lo que concierne a la modalidad que grava los actos documentados susceptibles de inscripción constituye una rémora para el crecimiento económico y la generación de riqueza. Precisamente esta generación de riqueza podría traducirse en una recaudación mayor por los impuestos que gravan la adquisición de inmuebles, que compensaría la pérdida de recaudación por la supresión de este gravamen. Y si se descarta su supresión, podemos optar por su profunda modificación como demanda el tráfico jurídico inmobiliario en el siglo XXI.

Si hablamos concretamente del gravamen de cuota variable sobre las escrituras de préstamo hipotecario mi opinión es favorable a la supresión, al menos de este hecho imponible, máxime en los casos de préstamo hipotecario para la adquisición de la primera vivienda. Me gustaría haber dispuesto del tiempo necesario para realizar un estudio de Derecho comparado al respecto. Me temo que saldríamos decepcionados. Hay razones de peso para la supresión como se ha hecho en otros países con figuras similares.

En efecto, el informe de la Comisión de Expertos para la reforma del sistema tributario español (febrero de 2014) se refiere a la excesiva tributación existente sobre las transmisiones inmobiliarias, que desincentiva su realización. En este sentido expone que a medio plazo debería suprimirse el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y aduce que el “acto jurídico documentado” no constituye en sí mismo una manifestación de capacidad económica. Por este motivo, la Comisión de expertos recuerda que algunos autores han propuesto transformar el impuesto en una tasa, pero apunta que el coste del servicio ya se encuentra cubierto por los aranceles notariales y registrales. A pesar de ello la Comisión advierte que debería tenerse en cuenta que la recaudación de este tributo en 2012 ascendió a 1.695,8 millones de euros, de modo que su supresión inmediata no parece factible en un contexto de consolidación presupuestaria. Por este motivo, la Comisión propone la supresión de la cuota gradual del impuesto cuando lo permita la situación presupuestaria. A mi juicio ese es el debate pendiente que hay que afrontar.

No parece que la Comisión de Expertos haya considerado lo que dice al respecto la STC 7/2010, de 27 de abril, que no cuestiona el tributo desde el punto de vista de los principios de capacidad económica y progresividad. En este sentido, la sentencia expone (FJ 6) que:

«...es claro, en todo caso, que el tributo tiene en cuenta la capacidad económica puesto que la cuota resultante estará siempre relacionada con la cuantía del acto jurídico documentado. En relación con el segundo límite, y a partir del pronunciamiento antes citado, ha sido doctrina reiterada de este Tribunal que la progresividad no es exigible

de cada tributo en particular, sino del sistema tributario en su conjunto [SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 4 in fine; 37/1987, de 26 de marzo; 76/1990, de 26 de abril, FJ 6 b); 150/1990, de 4 de octubre, FJ 9; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 1; 14/1998, de 22 de enero, FJ 11 b); y 327/2006, de 20 de noviembre, FJ 4]. Por consiguiente, en un sistema tributario justo pueden tener cabida tributos que no sean progresivos, siempre que no se vea afectada la progresividad del sistema. No obstante, la decisión del legislador de fijar un determinado tipo de gravamen en un concreto tributo podría también llegar a vulnerar el principio de progresividad, lo que sucederá cuando una medida concreta en tal sentido afecte a la justicia del conjunto del sistema, ya que “el legislador constituyente ha dejado bien claro que el sistema justo que se proclama no puede separarse, en ningún caso, del principio de progresividad ni del principio de igualdad” (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 4).

»Hemos considerado que igualdad, progresividad y capacidad económica son conceptos íntimamente entrelazados, hasta el punto de que “una cierta desigualdad cualitativa es indispensable para entender cumplido este principio. Precisamente, la que se realiza mediante la progresividad global del sistema tributario en que se alienta la aspiración a la redistribución de la renta” (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 4); y asimismo hemos afirmado que “desde el momento en que el art. 31.1 de la Constitución atribuye a aquellos principios una función inspiradora del entero sistema tributario justo, su aplicación al ámbito sancionador no puede suscitar especiales reparos, pues dentro de un sistema tributario justo encuentra natural acomodo la regulación del régimen de infracciones y sanciones” (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 6 b). Finalmente, la complejidad que entraña examinar el cumplimiento del principio de progresividad también se puso de manifiesto en la STC 150/1990, de 4 de octubre, en la cual constatamos que la progresividad también está limitada por la prohibición de confiscatoriedad del art. 31.1 CE, y asumimos “la dificultad de situar con criterios técnicamente operativos la frontera en la que lo progresivo o, quizá mejor, lo justo, degenera en confiscatorio” (STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 9).

Partiendo de esta doctrina es claro que el cumplimiento del principio de progresividad del sistema tributario guarda una estrecha relación con el significado y alcance del concreto tributo examinado. En el presente supuesto nos encontramos con un impuesto, el de actos jurídicos documentados, en su modalidad de documentos notariales, cuya incidencia en el conjunto del sistema tributario es escasa si la comparamos con la de otros impuestos de mayor peso específico. Este sería el caso de las figuras impositivas más relevantes del sistema y así hemos considerado que “es sobre todo a través del impuesto sobre la renta de las personas físicas como se realiza la personalización del reparto de la carga fiscal en el sistema tributario según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad, lo que lo convierte en una figura impositiva primordial para conseguir que nuestro sistema tributario cumpla los principios de justicia tributaria que impone el art. 31.1 CE” (STC 134/1996, de 22 de julio, FJ 6), y concluido que es “innegable que el impuesto sobre la renta de las personas físicas, por su carácter general y personal, y figura central de la imposición directa, constituye una de las piezas básicas de nuestro sistema tributario”, siendo el tributo “en el que el principio de capacidad económica y su correlato, el de igualdad y progresividad tributarias, encuentran una más cabal proyección, de manera que es, tal vez, el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la renta (art. 131.1 CE) y de solidaridad (art. 138.1 CE) que la Constitución española propugna (STC 19/1987, FJ 4) y que dotan de contenido al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)” (SSTC 134/1996, de 22 de julio, FJ 6; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 7, y 189/2005, de 7 de julio, FJ 7).

El impuesto sobre actos jurídicos documentados, al igual que sucede con otros impuestos que fueron enjuiciados en ocasiones anteriores, como el impuesto especial sobre determinados medios de transporte (STC 137/2003, de 3 de julio, FJ 7) o el impuesto especial sobre el alcohol y bebidas derivadas (STC 108/2004, de 30 de junio, FJ 8), no es un tributo global sobre la renta o sobre el consumo, por lo que no puede decirse que constituya uno de los pilares básicos o estructurales de nuestro sistema tributario ni el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la renta y de solidaridad, de manera que no puede afirmarse que la modificación de su tipo de gravamen repercute sensiblemente en el criterio de reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes. Además, a diferencia de los tributos globales sobre la renta de las personas físicas o sobre el consumo, tampoco puede decirse que a través del impuesto sobre actos jurídicos documentados se personalice el reparto de la carga fiscal en nuestro sistema tributario, según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad (SSTC 137/2003, de 3 de julio, FJ 7, y 108/2004, de 30 de junio, FJ 8).

Por todo lo expuesto debemos concluir que el precepto impugnado, en cuanto establece en el impuesto sobre actos jurídicos documentados aplicable a los documentos notariales un tipo de gravamen proporcional (en lugar de uno progresivo, como propugnan los recurrentes), no atenta contra el principio de progresividad del sistema tributario, por lo que debemos rechazar que se haya vulnerado el art. 31.1 CE».

A mi juicio, el TC no ha profundizado lo suficiente sobre la cuestión. Hay escrituras de préstamo hipotecario en las que cuesta apreciar la capacidad de pago del modo en que lo hace el TC. En ese momento, parte de la premisa de que el sujeto pasivo es el prestatario y no ha llegado a tener en cuenta la perspectiva que proporciona el deber de facilitar el acceso a la vivienda, y desde luego el endeudamiento forzado para la adquisición de un bien básico como es la primera vivienda difícilmente puede verse como lo ve el TC refiriéndose al modo de cuantificar el tributo.

En cualquier caso, la situación presupuestaria ha mejorado y nada impide que de momento se lleve a cabo la supresión, al menos parcial en las escrituras de préstamo hipotecario relativas a la primera vivienda.

Por último, otro aspecto que ha suscitado polémica es el de la cesión de potestades normativas sobre este tributo que ha dado lugar a un elevado grado de disimilitud. Dejando a un lado, el beneficio fiscal que opera en el supuesto de viviendas protegidas, en algunas Comunidades Autónomas se modera la tributación rebajando el tipo de gravamen en función de la edad del adquirente, la concurrencia o no de una situación de discapacidad, la naturaleza del inmueble adquirido con ayuda del préstamo hipotecario, el valor del inmueble, etc.

La Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, dispone en su artículo 49 que en relación con la modalidad «Actos Jurídicos Documentados», las Comunidades Autónomas podrán regular el tipo de gravamen de los documentos notariales. Con respecto a las deducciones y bonificaciones de la cuota, el mismo artículo señala que las Comunidades Autónomas sólo podrán afectar a los actos y documentos sobre los que pueden ejercer capacidad normativa en materia de tipos de gravamen con arreglo. En todo caso, el artículo indicado dispone que resultarán compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto sin que puedan suponer una modificación de

las mismas. Asimismo, el precepto establece que estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado.

La STC 7/2010, de 27 de abril (FJ 6) se refiere al ejercicio de esta potestad en los siguientes términos:

«Pues bien, debemos señalar que del contenido del principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, constitucionalmente reconocido en los arts. 137 y 156.1 CE (por todas, SSTC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 3; 96/2002, de 25 de abril, FJ 2, y 168/2004, de 6 de octubre, FJ 4), forma parte la libertad de configuración del legislador autonómico valenciano para fijar el tipo de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados y sólo a él corresponde decidir sobre la cuantía y los caracteres del mismo.

No compete a este Tribunal enjuiciar si las soluciones adoptadas en la Ley impugnada son las más correctas técnicamente, aunque sí nos hallamos indudablemente facultados para determinar si la modificación legal operada por el precepto impugnado ha sobrepasado o no los límites al ejercicio poder tributario que se derivan de los principios constitucionales contenidos en el art. 31.1 CE (así lo manifestamos en las SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 4; 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 4; 214/1994, de 14 de julio, FJ 5, y 46/2000, de 14 de febrero, FJ 4) y más concretamente del principio de progresividad»

No ahondo más en lo que puede ser objeto de un futuro estudio. Por ahora me limito a señalar que, en mi opinión, en caso de mantenerse el tributo de AJD en la modalidad de cuota variable es necesaria una reformulación, incluyendo una mayor homogeneización ya que el impuesto sobre las escrituras de préstamos hipotecario se proyecta sobre bienes e instituciones muy sensibles, en los que la competencia fiscal entre Comunidades Autónomas sobre determinados aspectos que conforman la obligación tributaria crea efectos negativos.

José Luis Martín Moreno
4 de noviembre de 2018