

I. ANTECEDENTES.

Recientemente el Tribunal Supremo (a través de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) ha dictado tres Sentencias en octubre de 2018¹ en las que resuelve que, en el Impuesto (o modalidad) sobre Actos Jurídicos Documentados, el sujeto pasivo cuando el documento sometido a gravamen sea una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria es el acreedor hipotecario en lugar del prestatario.

De acuerdo con el Auto de admisión del recurso², la referida Sección Segunda es consciente, y así lo señala expresamente, que existe doctrina de la Sala Tercera del propio Tribunal Supremo que entiende, justo lo contrario esto es, que el sujeto pasivo es el prestatario. A esta conclusión se llega fundamentalmente en base a que el adquirente del derecho sobre el que gira el gravamen es el prestatario y ello porque el derecho es el préstamo mismo aunque se encuentre garantizado con hipoteca.

En este contexto cabe preguntarse cómo siendo consciente la Sala Segunda de esta doctrina que determina que el sujeto pasivo es el prestatario, procede a admitir el recurso planteado. La respuesta a este interrogante es la consideración del reciente criterio contrario sentado por la Sala Primera (Sala de lo Civil) del Tribunal Supremo que ha abierto un nuevo debate doctrinal al respecto, lo que requiere, o puede requerir, una nueva respuesta por parte del Tribunal Supremo.

1 Sentencia núm. 1505/2018 de 16 octubre. RJ 2018\4082, Sentencia núm. 1523/2018 de 22 octubre. RJ 2018\4599 y Sentencia núm. 1531/2018 de 23 octubre. RJ 2018\4618.

2 Auto de Admisión (PROV 2018, 19780)

(*) *Licenciada en Derecho. Hacienda Foral de Álava*

En efecto, este criterio al que se refiere el Auto de admisión del recurso son las Sentencias de la Sala Primera³ que declaró abusiva la cláusula que imputaba al prestatario el pago del impuesto devengado en un préstamo con garantía hipotecaria. Si esta cláusula se considera abusiva ¿no debe revisarse la doctrina jurisprudencial que considera al prestatario sujeto pasivo de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados?

O dicho desde otra perspectiva, las referidas sentencias consideraban que, en lo que se refiere a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, es sujeto pasivo, en lo que se refiere a la constitución del derecho, la entidad prestamista.

Y a esta conclusión se llega debido a que es el adquirente del derecho real de hipoteca que en definitiva es lo que se inscribe y porque las copias autorizadas se expiden a su instancia, siendo además el principal interesado en la inscripción de la garantía hipotecaria.

La doctrina de estas Sentencias de las Salas de lo Civil ha sido corregida posteriormente por el Pleno de dicha Sala bajo la consideración de que en estos casos, para determinar el sujeto pasivo, no hay que atender exclusivamente a la garantía, sino que la constitución de fianzas y derechos de hipoteca, prenda, anticresis, en garantía de un préstamo, tributan exclusivamente por el concepto de préstamo.

Como se puede comprobar existen unos primeros pronunciamientos de la Sala de lo Civil en un sentido y luego una corrección del Pleno de la misma en sentido contrario.

Este viraje jurisprudencial es el que da pie a la Sala Tercera (Sala de lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo para admitir el recurso de casación y resulta que (en el mismo sentido

3 Sentencias de 23 de diciembre de 2015 corregidas por Sentencias del Pleno de 15 de marzo de 2018

que se pronunció originariamente la Sala de lo Civil) la Sala de lo Contencioso-Administrativo también entiende que el sujeto pasivo es, en este caso, el acreedor hipotecario.

Pero esto no queda aquí, sino que al poco tiempo desde que se pronuncia la Sala Tercera en el sentido que se acaba de señalar, el presidente de la misma acuerda la avocación a Pleno de tres recursos de casación⁴, sobre la misma materia.

Esta avocación se considera, en el caso que nos ocupa, necesaria para la Administración de justicia, a la vista de la cuestión litigiosa citada en dicho recurso que reviste una trascendencia general que justifica su deliberación por el Pleno de la Sala. Posteriormente el Pleno vuelve a considerar como sujeto pasivo al prestatario.

Como puede verse de esta relación de hechos, el propio Tribunal Supremo plantea en un breve espacio de tiempo una solución y la contraria, existiendo argumentos, en consecuencia y a su juicio, para sentencias en una dirección y en la contraria.

II. OBJETO DEL PRESENTE ARTÍCULO.

Al hilo de las citadas Sentencias del Tribunal Supremo en el presente trabajo analizaré la cuestión debatida en las mismas, utilizando para ello tanto las contrapuestas razones esgrimidas por la Sección correspondiente y por el Pleno en estos recientes pronunciamientos, como otras consideraciones que entienda interesante traer a colación.

Este análisis se va a realizar, también y como no puede ser de otra forma, desde la perspectiva de los Territorios Históricos. Veremos por tanto cómo les afectan estas Sentencias y las diferencias normativas con el régimen aplicable en Territorio Común. En este sentido ya adelanto que las diferencias normativas van a ser, o al menos pueden ser, determinantes en el tratamiento final de la cuestión planteada.

No son objeto de este trabajo, por la dimensión que al mismo corresponde y a pesar de su relevancia, otras cuestiones que no son propiamente tributarias como, por ejemplo, si existían razones suficientes para la avocación al Pleno del Tribunal Supremo de los recursos de casación antes citados o para que la Sala Tercera del Tribunal Supremo admitiera el recurso de casación a raíz de los pronunciamientos de la Sala de lo Civil o, igualmente, si la regulación actual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados es susceptible de infringir el Derecho de la Unión Europea.

En cuanto al método que voy a seguir, en lugar de analizar cada Sentencia, agruparé los argumentos de cada una de las posturas, así como las aportaciones doctrinales o jurisprudenciales que considere interesantes en torno a los puntos centrales del debate.

En este sentido, y para ubicar adecuadamente la cuestión planteada, creo que es clave empezar recordando cuál es el marco concreto en que se plantea la discusión jurídica y, en concreto, la estructura del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en la modalidad de documentos notariales.

III. MARCO LEGAL EN QUE SE PLANTEA LA CUESTIÓN DEBATIDA.

El propio Tribunal Supremo determina el marco jurídico en que debe ubicarse el debate de la cuestión planteada. Este marco jurídico está formado por los siguientes preceptos, contenidos todos ellos, salvo uno que expresamente se dirá y cuya ubicación normativa en el Reglamento resulta importante, en la Ley reguladora del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Este marco legal es el siguiente:

- Artículo 4: Este precepto sienta el principio general en base al cual a una sola convención no puede exigirse más que el pago de un solo derecho. Ahora bien, en los casos en que un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones

sujetas al Impuesto de forma separada, se exigirá el gravamen correspondiente a cada una de las convenciones, excepto que la normativa determine expresamente otra cosa, que como se verá (artículo 15.1 que se comenta seguidamente) así sucede en el caso que se analiza.

- Artículo 8: En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado al pago del Impuesto es el prestatario.
- Artículo 15.1: 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.

Por tanto, en estos casos en que existe préstamo e hipoteca, se tributa sólo bajo el concepto de préstamo y además, como excepción a la regla general a que alude el artículo 4 anteriormente citado, sólo se tributa por un gravamen.

- Artículos 27, 28 y 31: Aunque esta cuestión se va a desarrollar en el apartado siguiente, conviene señalar a modo de resumen que se encuentran sujetos al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados los documentos notariales, mediante:
 - una cuota fija, que en el caso de Álava es de 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, dentro de unos límites, las Comunidades Autónomas –o al 0,5% 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.
- Artículo 29: Se califica como sujeto pasivo al adquirente del bien o derecho y, en su defecto, a las personas que insten o soliciten

en los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

- Artículo 68: este artículo complementa lo dispuesto en el artículo 29 acabado de citar en el sentido que especifica que cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.

De esta forma, este artículo 68 precisa, completa o interpreta lo dispuesto anteriormente sobre el sujeto pasivo.

Este artículo 68 es el único de la relación que no se encuentra en la Ley reguladora del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, sino en su Reglamento de desarrollo.

Esta circunstancia, como luego se verá con más detalle, tiene su importancia. Baste en este momento señalar que es posible llegar a plantearse si existe, o no, un posible exceso reglamentario. Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo reconoce, sin perjuicio de lo que se va a señalar más adelante, que “aunque se ha discutido sobre la legalidad de dicha norma reglamentaria, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo...no ha apreciado defecto alguno de legalidad...y...el Tribunal Constitucional también ha afirmado su constitucionalidad.”

- Artículo 30: La base imponible en las escrituras que documenten préstamos con garantía hipotecaria está 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.

IV. ESTRUCTURA IMPOSITIVA DE LA MODALIDAD DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS RESPECTO DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES.

Tal como se ha señalado anteriormente, la modalidad de Actos Jurídicos Documentados está formada por dos partes o gravámenes.

1.- Gravamen fijo.

Se trata de un gravamen de carácter formal que se satisface mediante efectos timbrados al que le es indiferente la clase o contenido del acto documentado. Estas características del gravamen fijo han hecho dudar a parte de la doctrina de si se trata realmente de un Impuesto o de una tasa.

Este mismo debate se produce en la vía judicial. Así, por ejemplo, un voto particular a la Sentencia del Pleno señala que es discutible que esta parte fija del Impuesto no constituya en realidad más una tasa que un Impuesto, porque parece atender más al principio retributivo de un servicio público prestado que al principio contributivo propio de los Impuestos, basado en la capacidad económica.

Es más también se ha dudado, fundamentalmente por idéntica razón, si no ya solo el gravamen fijo, sino también el gradual del que hablaremos a continuación, no tiene naturaleza de tasa más que de Impuesto.

A este respecto el Tribunal Supremo, fijando doctrina legal,⁵ señala que la inscripción en los Registros Públicos (el de la Propiedad, el Mercantil y el de la Propiedad Industrial, a los que ha de añadirse, como parte del primero, el de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento) otorga al titular registral un conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico concede a determinados actos en razón de la forma notarial adoptada y que constituyen -dichas especiales garantías registrales- la finalidad del gravamen de Actos Jurídicos Documentados.

Ahora bien, continúa señalándose, esa justificación del Impuesto no lo convierte en una tasa por la prestación de un servicio, pues tanto la edificación, los préstamos concertados para financiarla y su distribución entre los pisos y locales, como el otorgamiento de las correspondientes escrituras y su eventual inscripción en el

Registro de la Propiedad (se refiere al supuesto de hecho analizado) forman parte del tráfico inmobiliario, cuya seguridad beneficia a todos y especialmente a cuantos intervienen en él, participando de la riqueza que produce.

De lo anterior se concluye que estamos ante un Impuesto y no una ante una tasa porque beneficia al conjunto de la comunidad y, especialmente, a cuantos intervienen en tráfico inmobiliario.

Ahora bien, frente a la postura anterior, hay quien sugiere, y no cualquiera, sino la Comisión de Expertos para la reforma del sistema tributario, que el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados habría que transformarlo en una tasa cuyo importe quedara limitado por el coste del servicio.

De acuerdo con el Informe de esta Comisión las modalidades correspondientes a la cuota fija del Impuesto correspondiente a los documentos notariales, a los documentos administrativos y a los documentos mercantiles responden, en cierta medida, a la idea de contraprestación.

Argumenta en este sentido dicha Comisión que no se trata de que el interesado reciba un servicio específico, sino de la ventaja derivada de la protección que otorga la fe pública, la ejecutividad de los documentos mercantiles, la práctica de anotaciones preventivas de embargo o el reconocimiento de títulos y grandezas.

Desde este punto de vista afirma que el gravamen tiene cierta justificación en el principio de equivalencia y podría plantearse su conversión en una tasa. Sin embargo, como la ventaja que recibe el contribuyente no se plasma en un concreto servicio sino en una especial protección que se recibe del ordenamiento jurídico, no parece posible utilizar los criterios de cuantificación propios de las tasas para fijar su cuantía.⁶

No obstante esta opinión de la citada Comisión, el Tribunal Supremo, tal como se ha señalado,

5. Recurso de casación en interés de la Ley, de 4 de diciembre de 1997 y Sentencia de 25 de noviembre de 2002.

6. COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL

entiende lo contrario y considera este gravamen como un Impuesto.

2.- Gravamen variable.

La operatividad del gravamen gradual de Actos Jurídicos Documentados requiere que, además de tratarse de primeras copias de escrituras y actas notariales, se cumplan los siguientes requisitos:

- Que tenga por objeto cantidad o cosa valuable.
- Que contenga actos o contratos inscribibles en determinados Registros públicos.
- Que no esté sujeto al Impuesto o, si se prefiere, modalidad de Transmisiones Patrimoniales o al de Operaciones Societarias.

De este último requisito se desprende que este gravamen variable o gradual opera en ausencia de otros Impuestos, es decir que para que un acto o contrato esté sujeto por este concepto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, además de tener por objeto cantidad o cosa valuable y contener actos o contratos inscribibles en determinados registros públicos, es necesario que no esté sujeto ni a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales, ni a la modalidad de Operaciones Societarias.

Desde otra perspectiva, y como resumen general de este apartado y aunque ello suponga una cierta reiteración, la sujeción a gravamen de los documentos notariales tiene en cuenta dos aspectos, uno de carácter formal, el constituido por la propia escritura, y otro de carácter material representado por el acto o negocio jurídico que se documenta.

En relación con el aspecto material, el centro de atención para su sujeción al Impuesto se centra en que tenga por objeto cantidad o cosa evaluable y, además, contenga actos o contratos inscribibles en determinados Registros públicos. En este caso, además, el gravamen se articula en un porcentaje que se aplica sobre el importe

de la obligación o capital garantizado más determinados conceptos que contempla la propia Ley al determinar el cómputo de la base imponible.

Por otra parte, centrándonos en el sujeto pasivo, la normativa del Impuesto señala que el mismo en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados es 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. Sobre esta formulación, el Tribunal Supremo señala que esta "...redacción... 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...respecto de negocios jurídicos traslativos únicos, pues en los documentos que incluyan varios actos más o menos conexos la procedencia de aquella precisión añade una enorme complejidad a la cuestión."

V. JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE FIJAN COMO SUJETO PASIVO AL ACREEDOR HIPOTECARIO.

A fin de centrar este apartado conviene recordar que la cuestión planteada ante el Tribunal Supremo, que giraba sobre la liquidación del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados de una escritura pública de formalización de un préstamo hipotecario que recaía sobre varias viviendas, consiste en determinar el sujeto pasivo que debe satisfacer dicha modalidad impositiva en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria.

Esto, la cuestión a resolver consiste en determinar si el gravamen gradual lo debe satisfacer el prestamista o el prestatario.

En la sentencia apelada, el Tribunal Supremo reconoce expresamente, y como punto de par-

tida, que el sujeto obligado en el caso de un préstamo hipotecario formalizado en escritura pública, es "hoy por hoy...cualesquiera sean las tendencias legislativas que, en un futuro próximo, pudieran consagrar su exención en...(dicha)...modalidad impositiva, introduciendo la necesaria claridad en el sistema aplicativo de un impuesto, como el de Actos Jurídicos Documentados, que tantas dificultades encierra en su actual configuración...el prestatario..."

Esta jurisprudencia, hasta las sentencias que se comentan y que van a modificarla, se fundamenta básica y principalmente en los siguientes argumentos:

- El hecho imponible consistente en el préstamo hipotecario es único lo que implica que el único sujeto pasivo posible es el prestatario de acuerdo con lo señalado en los artículos 8 y 15.1 a que se ha hecho referencia anteriormente.

A esta concepción unitaria del préstamo hipotecario se hace referencia seguidamente.

- La legislación señala expresamente que el sujeto pasivo es el "adquirente del bien o derecho" concepto que 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".
- 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".
- El Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone, sin dejar duda al respecto, que "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía

se considerará adquirente al prestatario". Esta catalogación implica considerarlo como sujeto pasivo.

A la vista de estos fundamentos, el Tribunal Supremo llegaba a la conclusión de que "...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...será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del...(citado)...Reglamento."

VI. EL PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA COMO UNIDAD TRIBUTARIA.

A continuación nos vamos a centrar en algo que resulta importante a la hora de determinar quién es el sujeto pasivo de la modalidad Actos Jurídicos Documentados. De forma concreta se trata de determinar si constituye el préstamo con garantía hipotecaria, que como su nombre indica es una préstamo garantizado por hipoteca, una unidad tributaria a efectos del Impuesto o se debe grabar por un lado el préstamo y por otro la hipoteca o garantía hipotecaria.

En numerosas Sentencias del Tribunal Supremo⁷ se recuerda que los préstamos hipotecarios se han concebido, tradicionalmente, como un solo hecho imponible, que primero basculó sobre el derecho real de hipoteca y después, a partir de la Ley 41/1964, de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario, sobre el préstamo.

Así, el Tribunal Supremo, a través de la correspondiente Sala de lo Contencioso-Administrativo, siempre ha aceptado la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, es único y por tanto, la conclusión de su sujeción a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados es coherente cualesquiera que fueran las tendencias legislativas.

Personalmente no comparto esta afirmación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto

⁷ Entre otras se puede citar la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2001, Sala Tercera.

a su consideración como un único hecho imponible, máxime si se analiza la perspectiva histórica, especialmente los orígenes, al menos los más remotos, del Impuesto.

En efecto, en los textos legales relativos al Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes⁸ se establecía la sujeción al citado Impuesto de los préstamos hipotecarios pero especificando que solo se tributaría de forma efectiva por el concepto de hipoteca, lo que conllevaba a que el Impuesto recayera sobre el que adquiría el derecho o a aquel a cuyo favor se reconocía.

Sin embargo el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados no proviene del Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes sino que más bien, y fundamentalmente, proviene del Impuesto sobre el Timbre, fundiéndose ambos en un solo texto a partir de la Ley 41/1964, de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario, momento hasta el cual se superponen ambos impuestos.

Llegados a este punto cabe plantearse en qué consistía, en sus orígenes, el Impuesto sobre el timbre.

El Impuesto sobre el Timbre, o sobre el papel sellado, tiene su origen en los tiempos de Felipe IV que lo introdujo a través fundamentalmente de la Real Pragmática y Cédula de 15 de diciembre de 1636. Si bien su objetivo principal no era otro que obtener nuevos recursos económicos, su introducción supuso que el papel sellado se convirtiera en requisito necesario para la validez jurídica y fiabilidad de los documentos, o al menos de determinados documentos.

En efecto, la introducción del papel sellado se encuadra en el contexto histórico de una deficiente situación económica del reino en parte debido al aumento de los gastos bélicos con varios frentes abiertos como Flandes e Italia, lo que supuso una merma de recursos en la Hacienda Pública. Felipe IV dispuso, mediante la Pragmática Sanción de 15 de diciembre de

1636, que todos los títulos y despachos reales, escrituras públicas, contratos entre partes, actuaciones judiciales, instancias y solicitudes al rey así como otros documentos, se escribiesen en papel que llevase el sello oficial impreso en la parte superior del documento.⁹

Pues bien, la Sentencia de Tribunal Supremo (Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de Junio de 2001 realiza un recorrido histórico del Impuesto de derechos reales y de transmisión de bienes para demostrar que a lo largo de la historia del Impuesto el hecho imponible era único en la que me apoyaré pero llegando a una conclusión diferente.

Es cierto, como afirma esta Sentencia, que si nos remontamos a ley de 2 de abril de 1900 sobre derechos reales y transmisión de bienes, la misma declara sujetos al pago del Impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, por una parte la constitución, reconocimiento, subrogación, transmisión y extinción por cualquier título de derechos reales sobre bienes inmuebles, u otros derechos reales.

Pero también, y por otra parte, la citada Ley declara sujetos los contratos de préstamos personales o pignoratícios, los de reconocimiento de deudas, cuentas de crédito y depósito retribuido que se consignen o se reconozcan en documento autorizado por Notario, funcionario judicial o administrativo, cualquiera que sea su importe y la obligación de que procedan y las renovaciones totales o parciales, así como las prórrogas expresas de la misma clase de contratos. Además, establece, en lo que ahora interesa, que los préstamos hipotecarios sólo tributarán por el concepto de hipoteca.

Además a la hora de determinar el tipo del Impuesto se establece un tipo más reducido para los préstamos hipotecarios que para los préstamos personales, los de reconocimiento de deudas, las cuentas de crédito y los depósitos retribuidos.

8 Entre otros, la Ley 26 de julio de 1899, la Ley de 2 de abril de 1900 y el Texto refundido de 7 de noviembre de 1947.

9 "El uso de timbres y papel sellado." Junta de Andalucía.

Este tratamiento fiscal se mantuvo en el Texto refundido aprobado por el Real Decreto-Ley 417/1927, de 28 de Febrero, en el Texto refundido aprobado por el Decreto de 7 de Noviembre de 1947 y en el Texto refundido de 21 de Marzo de 1958.

La Sentencia antes citada entiende, de acuerdo con lo anterior, que el gravamen unitario de los préstamos hipotecarios en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, sólo por el concepto de hipoteca, se mantuvo, pues, hasta la Ley 41/1964, de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario.

Es cierto que en todos estos textos existe un gravamen unitario para los préstamos hipotecarios, pero este gravamen unitario es a los efectos del Impuesto de derechos reales y transmisiones de bienes, aspecto que considero importante resaltar y no a los efectos del Impuesto sobre el Timbre que no estaba recogido en el mismo texto legal sino que se regulaba en otro texto normativo de forma independiente hasta la Ley 41/1964 de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario.

Por lo tanto hasta esta Ley 41/1964, de 11 de junio, se gravaban, por un lado, los préstamos hipotecarios lo cual se hacía por aplicación del Impuesto de derechos reales y transmisiones de bienes que gravaba la constitución del derecho real de hipoteca y el préstamo si bien en un solo hecho imponible constituido por el préstamo hipotecario.

Este hecho imponible único primero pivotó sobre la hipoteca y más adelante sobre el préstamo.

Así, la Sentencia del Pleno señala que la hipoteca, en cuanto derecho real de garantía, es accesoria del negocio principal que es el préstamo y por ello el hecho imponible pivota sobre el préstamo.

En mi opinión, desde el punto de vista tributario y a la vista de los antecedentes del Impuesto, el considerar principal la hipoteca o el préstamo parece más una opción legislativa que algo obligatorio y de hecho parece que a efectos

del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados tendría más sustantividad la hipoteca que el préstamo. Por consiguiente, que se pivote sobre uno u otro concepto no es, a mi modo de ver, más que una opción legislativa tan válida en un sentido como en otro.

Por otro lado el Impuesto sobre el Timbre gravaba, de acuerdo con el texto de 27 de marzo de 1900 y posteriores hasta 1964, los documentos públicos y privados en virtud de los cuales se transmitieran bienes de cualquier clase o se constituyeran, reconocieran, modificaran o extinguieran derechos reales sobre bienes inmuebles o en que se contrajeran obligaciones siquiera que no implicaran transmisión de bienes.

A la vista de lo anterior, se producía por tanto un solapamiento de gravámenes al que no ponían remedio los textos legales.

En este panorama legislativo, se aprueba la Ley 41/1964, de 11 de junio, que tiene por objeto, según su exposición de motivos, simplificar el cuadro de tributos indirectos y reducir la presión fiscal indirecta.

Esta Ley reconoce que hasta ese momento confluía una diversidad de conceptos tributarios de regulación compleja y de motivación dispar, de los que resultaba una notoria dificultad de aplicación, así como superposiciones tributarias, en algunos casos muy acusadas.

En definitiva esta Ley de 1964 viene a reconocer ese solapamiento de gravámenes al que he hecho referencia anteriormente.

Ahora bien, lo que esta Ley no viene, a mi modo de ver, es a solucionar la cuestión y digo esto porque en la sección dedicada a las Transmisiones Patrimoniales inter vivos, va a incluir un precepto, en concreto en el artículo 155, que establece que la constitución y prórroga de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis en garantía de un préstamo tributarán exclusivamente por este último concepto, así como la modificación, extinción y cancelación

de tales derechos cuando estos actos se produzcan como consecuencia de la modificación o extinción del préstamo en cuya garantía fueron constituidos.

Este precepto no se incluye en las disposiciones comunes, ni en las relativas a los actos jurídicos documentados ¿Y cuál es la razón de no incluirlo?

De acuerdo con la Sentencia del Pleno que venimos analizando, si el legislador no lo incluyó en un principio y no lo ha incluido en tantos años en los preceptos relativos al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados o en las disposiciones comunes es porque, simplificando, no lo vio necesario porque estaba muy claro y la jurisprudencia no ofrecía dudas al respecto.

La Sección Segunda del Tribunal Supremo, sin embargo, lo ve de otra forma y entiende que el legislador no lo ha incluido porque no ha querido expresamente incluir ese precepto en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

Para mí la razón fundamental de la ubicación de este precepto en la Sección relativa al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales es la herencia histórica de la que hablaba anteriormente en la que encuentra razón la opción del legislador.

En efecto, la Ley 41/1964 no hace sino repetir lo que decía la Ley de 1900 y posteriores pero claro en estos textos solo se contemplaba el Impuesto de transmisiones y derechos reales, no el Impuesto del timbre.

Y en cuanto a los actos jurídicos documentados, la repetida Ley 41/1964 recoge lo que recogía el Impuesto del timbre y por eso la Sección correspondiente al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados no se preocupa de que el préstamo y la hipoteca se vean gravados de forma unitaria, porque como lo que grava este Impuesto, y venía gravando también antes de la citada Ley, es la elevación a escritura pública no hay gravamen para los préstamos y no se da esa doble imposición dentro de la modalidad del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

Lo que sí hizo el legislador de aquella época es preocuparse de evitar el doble gravamen correspondiente al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentales que se producía en textos anteriores.

Por ello, como hemos venido comentando, el legislador lo que hace es darle carácter residual al Impuesto o modalidad sobre Actos Jurídicos Documentados, un carácter residual que perdura en la actualidad.

Así, en el gravamen gradual de Actos Jurídicos Documentados se establece que no están sujetas al mismo las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a la modalidad de transmisiones patrimoniales u operaciones societarias.

Como puede comprobarse, actualmente el gravamen gradual de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados es incompatible con la modalidad de transmisiones patrimoniales.

El texto de 1964 sin embargo establecía que no están sujetos al Impuesto por este concepto los actos sujetos a la cuota gradual de Actos Jurídicos Documentados cuando lo estén con arreglo a las disposiciones relativas a transmisiones patrimoniales inter vivos y al aumento de valor de las fincas rústicas y urbanas aunque gocen de exención, salvo en cuanto a las escrituras, actas y testimonios notariales.

Por lo tanto de acuerdo con dicho texto legal se seguía dando ese solapamiento de gravámenes por lo que entiendo es un argumento más a favor de que no había un único hecho imponible a efectos de ambos Impuestos.

Este solapamiento se va a eliminar desde el texto refundido de 1980 continuando en la actualidad.

Ahora bien, a pesar de que no exista este doble gravamen sí siguen existiendo dos Impuestos diferentes a pesar de que existan disposiciones comunes en los mismos.

En este sentido el Tribunal Supremo¹⁰ establece que en las regulaciones de los citados Impuestos no se describe un hecho imponible común, sino tres y que ello pone de relieve que se está en presencia de tributos distintos, al menos dos, como por otra parte enseña la evolución histórica al yuxtaponer sin confundirlos dos Impuestos preexistentes: el llamado de derechos reales y el del timbre.

Y a mayor abundamiento, continua señalando el Tribunal Supremo, este origen y esta distinta naturaleza se refleja en numerosas manifestaciones, pero quizá ninguna más gráfica y significativa que la compatibilidad de ambos gravámenes en virtud de la perspectiva que se adopte, por una parte el hecho de la transmisión, por otra su vestidura documental.

De acuerdo con lo anterior entiende el Tribunal Supremo que la bonificación del 95% de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por los actos de emisión y cancelación de las obligaciones, sean o no hipotecarias y constitución y cancelación de préstamos siempre que el importe de las obligaciones y de los préstamos se invierta en la construcción de la autopista, que existía anteriormente, solo alcanzaría en su caso a la cancelación y amortización de obligaciones, pero no a su formalización notarial.

Esta formalización notarial resulta gravada aunque se tratara de un pacto solemne por ser la documentación de un acto, no por éste en sí, y ello significa una distinta perspectiva de la bonificación, inaplicable a la modalidad impositiva de los Actos Jurídicos Documentados, sin que por otra parte resulte viable en este caso una interpretación extensiva por impedirlo el carácter privilegiado de la reducción contemplada.

En otro orden de cosas, además de los orígenes e historia del Impuesto, entiendo que también puede ayudar a dar una respuesta a si existe o no un hecho imponible único el analizar los puntos de conexión del Concierto Económico que como sabemos vinculan tanto al Estado como a los Territorios Históricos.

Actualmente el Concierto Económico, aprobado por Ley 12/2002, de 23 de mayo, a la hora de regular los puntos de conexión del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, señala que corresponde la exacción del Impuesto a las Diputaciones Forales en el caso de préstamos con garantía real, cuando los bienes inmuebles hipotecados radiquen en territorio vasco o sean inscribibles en éste las correspondientes hipotecas mobiliarias o prendas sin desplazamiento.

Y, continúa señalando el texto concertado, que si un mismo préstamo estuviese garantizado con hipoteca sobre bienes inmuebles sitos en territorio común y foral tributará a cada Administración en proporción a la responsabilidad que se señala a unos y otros y, en ausencia de esta especificación expresa en la escritura, en proporción a los valores comprobados de los bienes.

Por lo que se refiere a la exacción del Impuesto en el caso de las escrituras, actas y testimonios notariales, establece el Concierto Económico que la misma corresponderá a las Diputaciones Forales cuando unas y otros se autoricen u otorguen en territorio vasco.

No obstante, se añade que en los supuestos sujetos a la cuota gradual del gravamen de Actos Jurídicos Documentados, el punto de conexión que determina la competencia de las Diputaciones Forales es el siguiente: cuando radique en el País Vasco el Registro en el que deba procederse a la inscripción o anotación de los bienes o actos.

Por consiguiente, y desde esta perspectiva, vemos que no existe un punto de conexión único sino que se establece un punto de conexión para el préstamo hipotecario y otro para los supues-

tos sujetos a la cuota gradual del gravamen de Actos Jurídicos Documentados. En este sentido parecería lógico que si el hecho imponible "préstamo hipotecario" fuera único también, debería establecerse un único punto de conexión.

También se puede hacer referencia, desde el punto de vista del Concierto Económico, por hacer referencia a los primeros años de su existencia, que el primero de ellos, el aprobado mediante Real Decreto de 28 de febrero de 1878, fijaba un cupo a satisfacer por Álava, Bizkaia y Gipuzkoa por el Impuesto de Derechos reales y transmisión de bienes y otro cupo, independiente del anterior, para la Renta del papel sellado.

En concreto, en dicha disposición general se hace referencia al acuerdo alcanzado entre el Gobierno y las Diputaciones, especificando que "las dificultades que de hecho se oponen al establecimiento del uso del papel sellado en las tres provincias, han sido causa de que esta renta, con acuerdo de las Diputaciones, entre a formar parte del encabezamiento general...incluyendo el recargo...que la ley actual de presupuestos señala, y sin perjuicio de las variaciones que en lo sucesivo se introduzcan".

Por otra parte en la Real Orden de 23 de noviembre de 1878 se señala que hay que "...determinar la forma en que las tres Provincias Vascongadas han de hacer efectivas en el presente año económico y en los siete siguientes las cantidades a que se refiere el Real Decreto (de) fecha 28 de febrero último en equivalencia de la renta de papel sellado y del recargo del 50 por 100." A estos efectos se dispone "... que la recaudación de dichas cantidades se verifique por las Administraciones económicas respectivas como valores íntegros para el Tesoro (para la Administración del Estado) por dozavas partes, o sea, por meses vencidos, debiendo figurar en columna separada con aplicación al concepto de "productos varios del sello del Estado" en sustitución de los derechos procesales suprimidos en las enunciadas provincias desde 1º de julio del corriente año, a cuyo fin deberán encargarse a los Jefes económicos de aquellas provincias que los ingresos se verifiquen oportunamente, y

a la mayor brevedad los descubiertos que resulten por el indicado concepto."

También en relación con el papel sellado, la Real Orden de 26 de abril de 1879 señala que "los testimonios de escrituras públicas otorgadas en las Provincias Vascongadas que salen del territorio de las mismas para determinados fines legales de conveniencia de los interesados en los citados actos, deben reintegrarse en el papel sellado que corresponda, según las disposiciones vigentes en la materia". Y además se especifica que "los pleitos y causas pueden sustanciarse en papel blanco mientras que la sustanciación tenga lugar dentro del referido territorio (se refiere a las provincias vascas); pero que las apelaciones y recursos que deban interponerse y seguirse ante los Tribunales y Autoridades de fuera del radio de las provincias enunciadas (las Provincias Vascongadas), tendrán que extenderse en papel sellado y con todas las formalidades de la Ley (de régimen común)."

Pues bien, esta separación entre la imposición de Derechos reales y transmisión de bienes y papel sellado (del Timbre, desde el Concierto Económico de 9 de junio de 1925) se mantiene en las sucesivas renovaciones del Concierto Económico de 28 de febrero de 1878, 29 de junio de 1887, 1 de febrero de 1894, 13 de diciembre de 1906 y 9 de junio de 1925.

VII. FUNDAMENTOS DEL CAMBIO DE CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO.

El Tribunal Supremo cambia de criterio y considera que "...el sujeto pasivo en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados cuando el documento sujeto es una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria es el acreedor hipotecario, no el prestatario."

De este cambio de criterio es plenamente consciente el Tribunal Supremo que expresamente señala que la anterior conclusión "...supone acoger un criterio contrario al sostenido por la jurisprudencia de esta Sala hasta la fecha y...(lo que implica modificar la)...doctrina jurisprudencial anterior."

Este cambio de criterio del Tribunal Supremo se fundamenta en los argumentos que seguidamente se comentan.

1.- Inscripción.

Comienza el Tribunal Supremo por resaltar la importancia de la inscripción en el Registro público correspondiente a efectos del devengo del gravamen. En efecto, señala el Tribunal Supremo 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...Es más, esta circunstancia es la que determina que una operación como la que nos ocupa no se someta a transmisiones patrimoniales, pues un negocio complejo idéntico al que analizamos se sujetaría, si no fuera inscribible, a este último tributo..."

Tras lo anterior se destaca la trascendencia de la inscripción registral en orden al despliegue de los importantes efectos que de ella deriva. Así, se señala que es importante tener en cuenta que el préstamo no goza de la condición de inscribible a tenor de la Ley Hipotecaria pues no es desde luego un derecho real, ni tampoco tiene la trascendencia real típica a la que se refiere dicha Ley Hipotecaria, pues no modifica, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

A continuación el Tribunal Supremo analiza los efectos de la inscripción de la hipoteca y señala que "...la hipoteca, por el contrario, no solo es inscribible, sino que es un derecho real...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...concreta la Ley Hipotecaria al afirmar...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".

Y precisamente basado en lo anterior, el Tribunal Supremo considera, y aquí se encuentra la esencia de este argumento, que "el hecho de ser la hipoteca un derecho real de constitución registral la sitúa, claramente, como negocio principal a efectos tributarios en las escrituras públicas en las que se documentan préstamos con garantía 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 base a lo anterior, el Tribunal Supremo concluye el análisis de este argumento de la inscripción registral señalando que "...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 conditio 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."

2. Composición de la base imponible.

El segundo argumento que esgrime el Tribunal Supremo para modificar la jurisprudencia anterior se basa en la configuración legal de la base imponible.

La base imponible en las escrituras que documenten préstamos con garantía, está constituida, tal como se ha señalado anteriormente, 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.

Esta configuración de la base imponible permite afirmar al Tribunal Supremo que "si ello es así es porque, inequívocamente, el aspecto principal (único)

que el legislador ha contemplado...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..."

O dicho de otra forma, parece anómalo que siendo el prestatario el obligado al pago del Impuesto en esta materia, se incluyan en la base liquidable los intereses (que él no los recibe, sino que los sufre) y las costas, que a quien benefician es a su acreedor, exento del pago impositivo¹¹.

3. Capacidad económica.

Destaco en un apartado especial la referencia que hace el Tribunal Supremo a uno de los principios básicos del ordenamiento tributario.

Dicho Tribunal pone en relación la capacidad económica con la configuración de la base imponible, aunque igual relación se puede hacer directamente para determinar el sujeto pasivo. Así, el citado Tribunal afirma que si se pone en relación la configuración de la base imponible con la capacidad contributiva, "es claro que la que se pone de manifiesto...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...en que se configure debidamente el título y se inscriba adecuadamente en el Registro de la Propiedad)."

4.- Regulación normativa del sujeto pasivo.

La Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados señala, tal como se ha indicado anteriormente, que es 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.

¹¹ Nueva Fiscalidad de los Actos Jurídicos Documentados. José Menéndez. Colegio de Registradores de la Propiedad.

Esta regulación dispone de una serie de conceptos que es preciso determinar, sobre todo en su alcance efectivo. En este sentido el Tribunal Supremo analizar los términos "en su defecto" indicando que esta expresión "...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 en los que no puede determinarse con precisión quién ostenta tal condición."

También es preciso determinar el concepto de "interés"...(que)...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."

Además el Tribunal Supremo reconoce "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...identificar dos adquirentes...(lo que)... nos conducen a utilizar...el contenido del artículo 29 del texto refundido y considerar esencial la figura del "interesado" para despejar aquellas incógnitas."

En este contexto el Tribunal Supremo tiene claro que "...el beneficiario del documento...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."

Esta contundencia con que al respecto se manifiesta el Tribunal Supremo tiene un problema que es preciso solucionar. En efecto, el Reglamento del Impuesto considera, y así lo manifiesta expresamente, que el sujeto pasivo es el prestatario.

Ante este contenido reglamentario, el Tribunal Supremo considera que este contenido reglamentario "...no tiene el carácter interpretativo o

acclaratorio que le otorga la jurisprudencia que ahora modificamos, sino que constituye un evidente exceso reglamentario que hace ilegal la previsión contenida en el mismo." Esta declaración lo hace, por tanto inservible para solucionar la cuestión objeto del litigio.

La anulación de esta disposición reglamentaria por la Sentencia del Tribunal Supremo 1523/2018 de 22 octubre al considerar un exceso reglamentario, no es compartida por el Pleno que entiende que tiene una importante función interpretativa.

En mi opinión, la anulación de la citada disposición reglamentaria es una consecuencia necesaria de si se entiende o no que existe un hecho imponible único a efectos del Impuesto. Si se entiende que no, como es mi opinión, el mismo se está excediendo al determinar el sujeto pasivo.

En relación con esta disposición reglamentaria quiero recordar las palabras del Catedrático Ramón Falcón y Tella¹² que señala que "sigue sin existir precepto legal alguno que permita considerar como sujeto pasivo al prestatario. Antes al contrario el artículo 29 del Texto refundido establece expresamente que serán sujeto pasivo del AJD el adquirente del bien o derecho y en su defecto aquellos en cuyo interés se expidan los documentos, lo que claramente apunta, si de lo que se trata es de gravar la hipoteca, al acreedor garantizado (la entidad financiera que concede el préstamo hipotecario) y no el prestatario, pues es la entidad financiera la que adquiere un derecho (el derecho real de hipoteca) y es igualmente la entidad financiera aquella en cuyo interés se expide la escritura de hipoteca; sin que obviamente el reglamento tenga rango suficiente para modificar este criterio, incurriendo el párrafo segundo del artículo 68 en un a manifiesta extralimitación."

VIII. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS TERRITORIOS HISTÓRICOS.

Existen diferencias normativas en los Territorios Históricos que marcan una diferencia importante respecto a toda esta discusión.

Así, en Álava existe una exención en cuanto al gravamen gradual de la modalidad "Actos Jurídicos Documentados" que grava los documentos notariales de las primeras copias de escrituras notariales que documenten la constitución, modificación o cancelación de derechos reales de hipoteca constituidas en garantía de pago de un préstamo, siempre que el mismo se destine a la adquisición o rehabilitación de vivienda habitual.

Esta exención supone que a diferencia de territorio de régimen común las escrituras notariales citadas no tributan por Actos Jurídicos Documentados si se trata de viviendas habituales.

Por el contrario estarán sujetas y no exentas del Impuesto las escrituras de hipoteca en los supuestos citados en garantía de pago de un préstamo que no se destine a vivienda habitual sino a otra vivienda o inmueble.

La citada exención fue introducida por la Norma Foral 14/2001, de 10 de julio, por la que se modifica la legislación de varios tributos.¹³

Si acudimos a la tramitación en las Juntas Generales de Álava de la citada Norma Foral queda más que patente cual era la voluntad del legislador alavés a la hora de determinar quién es el sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

¹³ En idéntico sentido en Bizkaia, desde el 23 de febrero de 2001, se introduce por la Norma Foral 3/2001, 6 febrero, relativa a la modificación de la Norma Foral del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y en Gipuzkoa, desde 1 de enero de 2001, en que se introduce mediante Norma Foral 2/2001, 12 febrero, por la que se aprueban determinadas medidas tributarias para el Territorio Histórico de Gipuzkoa si bien con la limitación al principio de que la superficie construida no sea superior a 120 metros cuadrados, y el adquirente no sea propietario de otra vivienda en el Territorio Histórico de Gipuzkoa.

En efecto, en diciembre de 2001 se presentó en las Juntas Generales un Proyecto de Norma Foral al respecto que inicialmente fue rechazado si bien posteriormente se introdujo nuevamente la exención mediante el Proyecto de Norma Foral que terminaría finalmente siendo aprobada.

A este respecto hay que tener en cuenta que desde el año 1981 las viviendas de protección oficial estaban exentas del Impuesto y se pretendía por el proyecto de Norma Foral declarar exentos del impuesto los referidos actos relacionados con todas las viviendas habituales.

La razón fundamental para plantear la modificación proyectada era, según la transcripción de los debates en las Juntas Generales de Álava, aliviar el esfuerzo económico que supone adquirir una vivienda, que lleva aparejada, decían, una serie de gastos accesorios, concretamente el gravamen del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de constitución de hipotecas que se generan para obtener un préstamo que financia la adquisición de viviendas habituales.

En este mismo sentido se discutió una enmienda al texto en la que se pretendía no pagar el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en el momento de su devengo sino que el sujeto pasivo del mismo lo compensara en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Queda por tanto patente que para las Juntas Generales de Álava estaba claro quién era el sujeto pasivo del Impuesto.

En el Territorio Común no existe una exención en este mismo sentido pero desde luego no creo que el razonamiento fuera muy diferente del aquí expuesto a la hora de declarar exenta la constitución de préstamos hipotecarios para la adquisición exclusiva de viviendas de protección oficial y sus anejos inseparables. Si se declaraba esta exención no cabe duda de que era para aliviar la carga fiscal de las personas que por sus recursos accedían a las viviendas de protección oficial y no para aliviar la carga de las entidades financieras.

Existe otra diferencia en los Territorios Históricos respecto del régimen común que resulta determinante para que el sujeto pasivo del Impuesto, desde el punto de vista de su formulación jurídica, sea el prestatario. En efecto, las propias Normas Forales del Impuesto (de Álava y Bizkaia), a diferencia de la Ley de régimen común (donde el Reglamento del Impuesto, en su artículo 68.2, anulado por la Sentencia núm. 1523/2018 de 22 octubre. (RJ 2018\4599) determina quién es el sujeto pasivo) establecen que el sujeto pasivo, bajo la consideración de adquirente, cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía es el prestatario. Consecuentemente, en dichos territorios forales no existe el exceso reglamentario al que hace referencia el Tribunal Supremo.

Así, tanto el legislador de Álava, como el de Bizkaia, no así en de Gipuzkoa (que al igual que el Estado ubica este precepto en el Reglamento del Impuesto) establecen, en primer lugar, que será sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en la modalidad de los documentos notariales el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquéllos en cuyo interés se expidan.

Pero seguidamente, y en la propia Norma Foral reguladora del Impuesto, ambos territorios especifican que cuando se trate de escrituras de préstamo con constitución de garantía se considerará adquirente al prestatario.

De todo lo expuesto se desprende que en los referidos Territorios Históricos el sujeto pasivo es sin duda el prestatario, si bien la trascendencia real de esta conclusión, en lo que se refiere a su tributación efectiva, queda atemperada por la exención en la cuota gradual de Actos Jurídicos Documentados a que anteriormente se ha hecho referencia.

Llegados a este punto, cabe preguntarse si de acuerdo con el Concierto Económico pueden los Territorios Históricos establecer un sujeto pasivo diferente al del Territorio Común.

La respuesta a esta pregunta es claramente afirmativa al tratarse de un Impuesto concertado con amplia capacidad normativa por parte de las Instituciones Forales excepto en determinadas materias que nada tienen que ver con el tema que nos ocupa.

IX. REAL DECRETO-LEY DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2018.

Por consiguiente, y a modo de resumen, existía una asentada doctrina jurisprudencial que concluía que el sujeto pasivo en el tema que nos ocupa era el prestatario. Esta doctrina es revisada, y modificada, en octubre de 2018 por el propio Tribunal Supremo que determina que el sujeto pasivo que debe satisfacer el gravamen es el prestamista.

Al poco, el Tribunal Supremo vuelve a cambiar a la doctrina anterior y determina que el Impuesto lo debe satisfacer el prestatario.

Y un poco después de esta rectificación del Tribunal Supremo, se aprueba el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, que procede a modificar el texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. En esta disposición general se deja claro que "cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista."

Por consiguiente, desde la producción de efectos de dicho Real Decreto-ley, la cuestión jurídica se zanja ya que se deja claro, a pesar de la doctrina, contradictoria del Tribunal Supremo en un breve lapso de tiempo, que el sujeto pasivo en el tema que nos ocupa es, o pasa a ser, el prestamista.

En los territorios forales de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa no se ha producido ninguna alteración normativa por lo que, de acuerdo con lo señalado a este respecto, el obligado tributario sigue siendo el prestatario.