



Roj: **ATS 176/2018 - ECLI:ES:TS:2018:176A**

Id Cendoj: **28079130012018200028**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/01/2018**

Nº de Recurso: **4900/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EMILIO FRIAS PONCE**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ M 6881/2017,**  
**ATS 176/2018,**  
**STS 3511/2018,**  
**AATS 12177/2018**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**

Fecha del auto: 15/01/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4900/2017

Materia: TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOC.

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Barril Roche

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por: MLLYP

Nota:

R. CASACION núm.: 4900/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Barril Roche

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**



Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

D. Manuel Vicente Garzon Herrero

D. Segundo Menendez Perez

D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce

D. Diego Cordoba Castroverde

D<sup>a</sup>. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 15 de enero de 2018.

## HECHOS

**PRIMERO .- 1.** La procuradora doña Lourdes Amasio Díaz, en representación de la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, S.A., presentó escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada el 13 de junio de 2017 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso 499/2016 , relativo a una liquidación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados («ITPAJD»), modalidad actos jurídicos documentados.

**2.1.** Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, imputa a ésta la infracción del artículo 45.I.B).12 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (BOE de 20 de octubre) [«LITPAJD»]. Menciona, además, como objeto de su escrito, la ilegalidad del artículo 68, apartado 2, del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados , aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (BOE de 22 de junio) [«RITPAJD»].

**2.2.** Manifiesta que «[e]xigir el impuesto al deudor hipotecario irá en contra de toda la normativa proteccionista de los deudores hipotecarios que existe a nivel de la Unión Europea, y donde se recoge con claridad meridiana la asunción de costes e impuestos por cada una de las partes implicadas en un contrato de préstamo hipotecario», para corroborar lo cual cita: **(a)** «la ley de Consumidores y Usuarios», que, aun no resultando directamente aplicable al caso, «en su reforma publicada en el BOE de 30 de diciembre de 2006 por Ley 44/2006, establecía en su Exposición de Motivos que se reforzaba la posición del consumidor adquirente de vivienda al precisar el carácter abusivo de las cláusulas que trasladen gastos que corresponden al vendedor, tal es el caso de los impuestos en los que el sujeto pasivo es el vendedor»; **(b)** «la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2015 recaída en el recur[s]o 2658/2013, seguido ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo , que sobre las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios de unas condiciones generales de la contratación las viene a considerar abusivas, y donde se establece sin ninguna duda que el obligado al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados es la entidad hipotecaria o el acreedor hipotecario»; y **(c)** «la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015 (Recurso 3828/2014 . Sala Contencioso-Administrativa. Sección Segunda), por lo que se refiere a quien es el sujeto pasivo en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la tributación de la hipoteca, en los préstamos hipotecarios» (sic).

**2.3.** Añade que «[e]n la demanda se alegó oportunamente que el desarrollo reglamentario ( artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados ) era ilegal, y así se traía a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1943 (Sala de lo Contencioso - Administrativo) (Aranzadi 1196)» (sic), además de la ya citada de 15 de septiembre de 2015.

**3.** Razona que las infracciones denunciadas han sido determinantes de la decisión adoptada en la sentencia recurrida.

**4.** Constata que las normas infringidas forman parte del Derecho estatal.

**5.** Sostiene que las vulneraciones que denuncia presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia por las tres razones siguientes:

**5.1.** «[P]orque existen pronunciamientos del propio Tribunal Supremo, históricos, o de cierta actualidad, que son contradictorios con anteriores pronunciamiento[s] del Tribunal Supremo, en concreto es relevante a estos



efectos la sentencia [de] 15 de septiembre de 20[1]5, y algunas de fechas anteriores muy cercanas, y la de diciembre de 2015 también citada» (sic).

**5.2.** La sentencia discutida puede afectar a un gran número de situaciones y trascender al caso objeto del proceso [ artículo 88.2.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE de 14 de julio) -«LJCA»-], «así todas las escrituras de préstamos hipotecarios» (sic).

**5.3.** La sentencia de instancia resuelve un proceso en que indirectamente se impugnó una disposición de carácter general [ artículo 88.2.g) LJCA ], «en concreto el Reglamento de desarrollo de la ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en diversos artículos, así en concreto del artículo 68 del Reglamento (Real Decreto 828/1995)» (sic).

**SEGUNDO .-** La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 21 de septiembre de 2017, habiendo comparecido la mercantil recurrente ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA .

También han comparecido dentro de dicho plazo la Administración General del Estado y la Comunidad de Madrid.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce, .

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO .- 1.** El escrito de preparación fue presentado en plazo ( artículo 89, apartado 1, LJCA ), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de casación ( artículo 86, apartados 1 y 2, LJCA ) y la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, S.A., se encuentra legitimada para interponerlo, por haber sido parte en el proceso de instancia ( artículo 89, apartado 1, LJCA ).

**2.** En el escrito de preparación se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, se identifican con precisión las normas del ordenamiento jurídico estatal que se invocan como infringidas, que fueron tomadas en consideración en la sentencia discutida, y se justifica que las infracciones que se imputan a ésta han sido relevantes para adoptar el fallo impugnado [ artículo 89.2 LJCA , letras a), b), d) y e)].

**3.** El repetido escrito fundamenta especialmente que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia porque la sentencia discutida: **(i)** fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas que se invocan como infringidas contradictoria con la establecida por otros órganos jurisdiccionales [ artículo 88.2.a) LJCA ]; **(ii)** puede afectar a un gran número de situaciones y trascender al caso objeto del proceso [ artículo 88.2.c) LJCA ]; y **(iii)** fue dictada en un proceso en el que indirectamente se impugnó una disposición de carácter general [ artículo 88.2.g) LJCA ].

**SEGUNDO .- 1.** El litigio del que trae causa el presente recurso de casación tiene por objeto una liquidación por el ITPAJD, modalidad actos jurídicos documentados, debatiéndose dos cuestiones: **(i)** la aplicación de la exención recogida en el artículo 45.I.B).12 LITPAJD a los préstamos hipotecarios constituidos en relación con ciertas viviendas que, excediéndose del parámetro de superficie máxima protegible, sin embargo, están destinadas a familias numerosas; y **(ii)** la ilegalidad del artículo 68, apartado 2, RITPAJD, por oponerse al artículo 29 LITPAJD .

**2.** En la sentencia contra la que se dirige aquí la mercantil recurrente, la Sala de instancia, basándose, entre otros, en dos pronunciamientos suyos anteriores [ sentencias de 17 de noviembre de 2016 (recurso 116/2015; ES:TSJM:2016:14394 ) y 18 de noviembre de 2016 (recurso 202/2015; ES:TSJM :2016:14398)], desestima ambas cuestiones: **(i)** la primera, porque, en resumen, a la vista de la documentación obrante en el expediente, «las dieciséis viviendas objeto de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de 20 de abril de 2009 exceden de los 90 m2 de superficie máxima contemplados en el Real Decreto 3148/1978» para beneficiarse de la exención, razón por la cual «tales viviendas no se encuentran calificadas como VPO, sino como VPPB, que son viviendas cuya superficie máxima puede alcanzar los 110 m2, pudiendo llegar a los 150 m2 en el caso de viviendas destinadas a familias numerosas» (FJ 3º); y **(ii)** la segunda, porque, reproduciendo el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de 17 de noviembre de 2016 antes citada, «este problema ha sido objeto de una reiterada respuesta de la jurisprudencia manifestada en las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2001 (RC 2196/1996 ) , 23 de noviembre de 2001 (RC 2533/1996 ) , 20 de enero de 2004 (RC 158/2002 ) , 14 de mayo de 2004 (RC 4075/1999 ) , 20 de enero de 2006 (RC 693/2001 ) , 27 de marzo de 2006 (RC 1839/2001 ) , 20 de junio de 2006 (RC 2794/2001 ) , 31 de octubre de 2006 (RC 4593/2001 ) , y otras. En la escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria existen dos actos o convenciones: el contrato de préstamo y la constitución de la garantía. En tales casos rige el principio de unidad de hecho imponible



en torno al préstamo, principio recogido en el art. 15.1 Real Decreto legislativo 1/1993 : «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», idea que reproduce el art. 25.1 del Reglamento del impuesto aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo . Dado que el art. 29 del texto refundido confiere la condición de sujeto pasivo «al adquirente del bien o derecho el principio de unidad de hecho imponible, no en la garantía convenida a favor del acreedor, sino en el préstamo documentado en la escritura notarial. Por tanto, solo el prestatario, como adquirente, es sujeto pasivo del IAJD devengado por el solo hecho imponible del otorgamiento del préstamo hipotecario. Por ello no infringe la jerarquía normativa la previsión del art. 68, párrafo segundo, del Reglamento, el cual, después de reiterar que el obligado tributario es el adquirente del derecho constituido en la escritura, especifica lo siguiente: «Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario»» (FJ 4º).

**TERCERO .- 1.** Ciertamente, las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación muestran interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, porque es notorio que ambas afectan a un gran número de situaciones, trascendiendo del caso objeto del proceso [ artículo 88.2.c) LJCA ].

2. Además, en relación con la segunda de las cuestiones enunciadas en el anterior razonamiento jurídico, aun cuando la recurrente en su escrito de preparación no cita el artículo 88.2, letra a), LJCA , para que pueda apreciarse respecto de la misma la existencia de interés casacional objetivo, sin embargo, de su lectura se infiere fácilmente que invoca la contradicción del razonamiento desestimatorio de la sentencia recurrida con los de las otras sentencias del Tribunal Supremo, una de la Sala de lo Civil y otra de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, que cita.

2.1. Sobre esta cuestión existe doctrina de esta Sala, que entiende que el sujeto pasivo en estos casos es el prestatario, porque el derecho a que se refiere el artículo 29 LITPAJD es el préstamo mismo, aunque se encuentre garantizado con hipoteca. Sin embargo, el reciente criterio contrario sentado por la Sala Primera ha abierto un debate doctrinal que requiere una nueva respuesta por parte de este Tribunal Supremo, máxime cuando, como pone de manifiesto la entidad recurrente en su escrito de preparación, es una materia que afecta a un gran número de situaciones y tiene una importante trascendencia social, más allá del caso objeto del proceso.

2.2. En efecto, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 , ya mencionada, en relación con una cláusula que imputaba el pago del impuesto devengado en un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario, argumenta que es aplicable a la misma lo dispuesto en el artículo 89.3, letra c), del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE de 30 de noviembre), calificándola de abusiva, al considerar que, al menos en lo que respecta a la modalidad actos jurídicos documentados del ITPAJD, es sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho la entidad prestamista, en cuanto adquirente del derecho real de hipoteca, que es lo que verdaderamente se inscribe, y, en todo caso, porque las copias autorizadas se expiden a su instancia y es la principal interesada en la inscripción de la garantía hipotecaria.

3. A la vista de cuanto antecede, el recurso de casación preparado suscita las siguientes cuestiones jurídicas que hacen conveniente un pronunciamiento de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo:

a) Determinar si, a efectos de la aplicación de la exención recogida en el artículo 45.1.B).12 LITPAJD , las viviendas construidas pueden tener una superficie protegible que exceda de la máxima permitida en la normativa estatal para las viviendas de protección oficial cuando vayan destinadas a familias numerosas; y

b) Precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 LITPAJD , en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria.

4. La concurrencia de interés casacional objetivo por la razón expuesta hace innecesario determinar si concurre la tercera circunstancia alegada por la empresa recurrente en el escrito de preparación del recurso de casación para justificar su admisión.

**CUARTO .- 1.** En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA , en relación con el artículo 90.4 LJCA , procede admitir este recurso de casación, cuyo objeto será, por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, las cuestiones precisadas en el punto 3 del anterior razonamiento jurídico.

2. Las normas que en principio serán objeto de interpretación son los artículos 45.1.B).12 LITPAJD y 68, apartado 2, RITPAJD, en relación este último con los artículos 8 , 15.1 y 29 LITPAJD .



**QUINTO** .- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA , este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

**SEXTO** .- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA , y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 LJCA , remitiéndolas a la Sección Segunda de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

La Sección de Admisión

**acuerda:**

**1º)** Admitir el recurso de casación RCA/4900/2017, preparado por la procuradora doña Lourdes Amasio Díaz, en representación de la Empresa Municipal de la Vivienda de Rivas Vaciamadrid, S.A., contra la sentencia dictada el 13 de junio de 2017 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso 499/2016 .

**2º)** Las dos cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

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

**b)** Precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 LITPAJD , en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria.

**3º)** Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 45.I.B).12 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, y el artículo 68, apartado 2, del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados , aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

**4º)** Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

**5º)** Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

**6º)** Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Segunda de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

Así lo acuerdan y firman.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente D. Manuel Vicente Garzon Herrero

D. Segundo Menendez Perez D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce D. Diego Cordoba Castroverde

D<sup>a</sup>. Ines Huerta Garicano