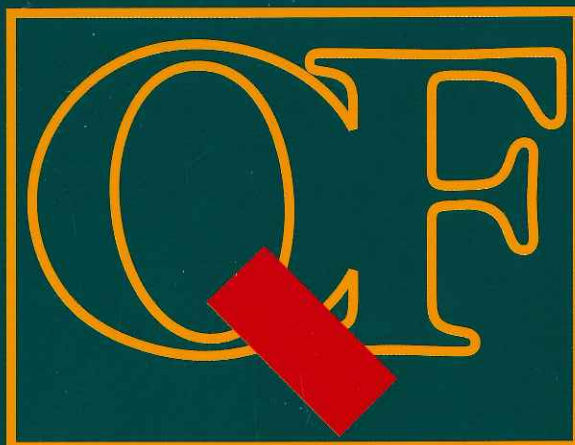




Quincena Fiscal

Revista de
Actualidad
Fiscal

EN ESTE NUMERO

- La caducidad de los expedientes sancionadores paralizados con motivo de la nueva LGT y la necesidad de motivación de la culpa
- Requisitos formales y ejercicio del derecho a la deducción en el IVA
- Diez preguntas sobre los impuestos cedidos

75 años

THOMSON
ARANZADI

Práctica Fiscal

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Recurso 158/2002

(Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos notariales. Especial mención de quién es sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios)

33

RAMÓN CASERO BARRÓN*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ARTÍCULO 68 DEL REGLAMENTO DEL ITPyAJD EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 29 DEL TEXTO REFUNDIDO ITPyAJD. III. TRIBUTACIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS EN EL ITPyAJD DESDE SU NORMATIVA HISTÓRICA A LA ACTUALIDAD. IV. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 29 DEL TEXTO REFUNDIDO ITPyAJD. V. ANÁLISIS DEL IAJD EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS DESDE LA VERTIENTE CONSTITUCIONAL. VI. ANÁLISIS DE LA TRIBUTACIÓN ACTUAL DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS DESDE EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO. 1. *No es un impuesto documental.* 2. *Sujeto pasivo: el prestamista.* 3. *Base imponible que tiene en cuenta los ingresos financieros que obtiene la entidad prestamista.*

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia que se comenta tiene su origen en la solicitud de devolución de ingresos tributarios presentada por un contribuyente a los órganos de gestión tributaria de una Comunidad Autónoma, como consecuencia de la liquidación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados realizada con motivo de una escritura pública de préstamo hipotecario concertado con una entidad financiera.

La Comunidad Autónoma denegó la petición de

devolución de ingresos tributarios basándose exclusivamente en el artículo 68 del Reglamento del ITPyAJD, Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (RCL 1995, 1816).

Contra esa resolución, el contribuyente interpuso recurso administrativo de alzada «per saltum» ante el Consejo de Ministros, autor de la disposición reglamentaria, recurso que está regulado en el artículo 107.3 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, fundándose únicamente en la nulidad de pleno derecho del artículo 68 del Reglamento del ITPyAJD, cuando establece: «..... Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario», por extralimitación frente a lo que se establece en el artículo 29 del Texto Refundido 1/1993 (RCL 1993, 2849), del ITPyAJD.

El Consejo de Ministros, mediante acuerdo desestimó el recurso administrativo, y contra esa desestimación se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, que se ha resuelto por la sentencia que se comenta.

La sentencia va a estimar la causa de inadmisión que se alegó por el Abogado del Estado, basada en la redacción del suplico tanto del recurso administrativo como del recurso contencioso-administrativo,

* Profesor propio adjunto de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE).



lo que convertía, a juicio de la sentencia, el recurso en un recurso directo contra una disposición de carácter general, cuyo plazo de interposición es de dos meses desde la publicación de la disposición general, por lo que el recurso en concreto se declaraba extemporáneo.

Frente a este rigor exigido en la redacción del suplico, que lleva directamente a declarar la inadmisión del recurso, cabe manifestar que a juicio de este comentarista se produce una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción¹. Así, entre otras sentencias, lo tiene declarado el Tribunal Constitucional en la STC 219/2003, de 15 de diciembre (RTC 2003, 219), cuando establece en su FJ 2:

«...Debemos recordar que el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho de acceso a la jurisdicción (STC 124/2002, de 20 de mayo [RTC 2002, 124], FJ 3), con respecto al cual el principio pro actione actúa con toda su intensidad, por lo cual las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836) cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada (STC 59/2003, de 24 de marzo [RTC 2003, 59], FJ 2). Esta premisa esencial se concreta en lo que aquí interesa, en la regla general de que es facultad propia de la jurisdicción ordinaria ex artículo 117.3 CE la interpretación, selección y aplicación de las normas a cada supuesto litigioso concreto (SSTC 231/2001, de 26 de noviembre [RTC 2001, 231], FJ 2; 124/2002, de 20 de mayo [RTC 2002, 124], FJ 3). Pero esta regla tiene como excepción "aquellos supuestos en los que la interpretación efectuada por el órgano judicial de esta normativa sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente y, asimismo, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, en los casos en que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican" (STC 231/2001, de 26 de noviembre [RTC 2001, 231], FJ 2). En estos casos se producirá una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, que justifica la intervención de este Tribunal, puesto que, aunque no es misión de este Tribunal interpretar las normas procesales, sí lo es la constatación de si la exégesis realizada por los órganos jurisdiccionales se ajusta a la Constitución (SSTC 13/2002, de 28 de enero (RTC 2002, 13), FJ 8, y 59/2003, de 24 de marzo [RTC 2003, 59], FJ 2)».

El supuesto de hecho concreto que originó la tributación, cuya devolución se solicitaba, era la contratación de un préstamo hipotecario por una persona física con una entidad financiera. Las consecuencias fiscales de esta operación son las siguientes: la concesión del préstamo, es una presta-

ción de servicios que está sometida y exenta al Impuesto sobre el Valor Añadido, siendo el sujeto pasivo la entidad financiera. La constitución de la hipoteca, como derecho real de garantía, y contrato accesorio a la concesión del préstamo (contrato principal), va a seguir el mismo régimen que el préstamo, en consecuencia exenta del IVA. Sin embargo, como consecuencia de la exención en el IVA y su no sujeción a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD, el documento notarial de constitución de hipoteca, por el hecho de tratarse de primera copia de escritura pública, que instrumenta un contrato que tiene por objeto una cantidad monetaria, y que se va a inscribir en el Registro de la Propiedad, estará sometido a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, cuota proporcional, que será del 0,50 por 100 sobre la base imponible, aunque las Comunidades Autónomas tienen competencias para regular ese tipo de gravamen.

En la sentencia que se comenta no se discute la sujeción impositiva descrita de la operación, sino quién es el sujeto pasivo (la entidad financiera o el prestatario).

Pues bien, el artículo 68 del Reglamento establece, sin lugar a dudas, que el sujeto pasivo será el prestatario, como se ha puesto de manifiesto por la transcripción parcial del artículo en lo atinente al supuesto de hecho contemplado en la sentencia.

II. EL ARTÍCULO 68 DEL REGLAMENTO DEL ITPyAJD EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 29 DEL TEXTO REFUNDIDO ITPyAJD

A juicio de este comentarista, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (RCL 1995, 1816), por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados supone una extralimitación de lo dispuesto en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (RCL 1993, 2849), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuando el precepto reglamentario establece que el sujeto pasivo será, en las escrituras de constitución de préstamo con garantía, el prestatario, puesto que se considera adquirente.

Por su parte el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993 establece: «El sujeto pasivo 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».

Y supone una extralimitación, porque a juicio de este comentarista, en los supuestos de préstamos hipotecarios no existe adquisición por parte del prestatario².

Para fundamentar esta postura o afirmación, se va

1. Por este motivo la sentencia que se está comentando se encuentra, en la actualidad, recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional.
2. La sentencia que se está comentado expresamente incorpora el texto de otras sentencias del Tribunal Supremo donde se menciona (basándose exclusivamente en el artículo 29 del Texto Refundido [RCL 1993, 2849] y para situaciones anteriores a la vigencia del Reglamento [RCL 1995, 1816]) que en los préstamos hipotecarios el sujeto pasivo en la modalidad de cuota proporcional de Actos Jurídicos Documentados es el prestatario. Así se refiere a la sentencia de 17 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 1280), dictada en el recurso de casación núm. 2194/1996, y a las de 23 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 638) (que

proceder de la siguiente forma: en primer lugar, se analizará la tributación de los préstamos hipotecarios en el ITPyAJD desde su normativa histórica, lo que necesariamente supondrá tener que analizar las dos figuras impositivas que se refundieron en el ITPyAJD, es decir el Impuesto de Derechos Reales y el Impuesto del Timbre; en segundo lugar, se intentará desentrañar el significado de los términos utilizados en la redacción de quién es sujeto pasivo en el artículo 29 del Texto Refundido 1/1993; en tercer lugar, se analizará la naturaleza jurídica de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, y su confrontación con los principios constitucionales que rigen el sistema tributario español, para ver su posible inconstitucionalidad, y, por último, se analizará esta modalidad impositiva en relación con los impuestos sobre el volumen de negocios (IVA), y la posible concurrencia de la prohibición establecida en el artículo 33 de la Sexta Directiva del Consejo (77/388/CEE [LCEur 1977, 138]), relativa al sistema común de IVA: base imponible uniforme, y la Primera Directiva del Consejo 67/227/CEE, de 11 de abril de 1967 (LCEur 1967, 6).

III. TRIBUTACIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS EN EL ITPyAJD DESDE SU NORMATIVA HISTÓRICA A LA ACTUALIDAD

Para ver la razón o justificación de la redacción del artículo 29 del Texto Refundido del ITPyAJD (RCL 1993, 2849) es necesario acudir a la configuración del préstamo hipotecario en el Impuesto de Derechos Reales y en el Impuesto del Timbre, para, en segundo lugar, ver la configuración del préstamo hipotecario en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Y ello, porque el Decreto 1018/1967, de 6 de abril (RCL 1967, 933, 1400) por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y Sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece en su Exposición de Motivos: «...Se han incorporado al Texto Refundido, junto con las normas aplicables a ambos Impuestos, contenidas en la Ley de Reforma del Sistema Tributario, todos aquellos preceptos que la misma declaró expresa o tácitamente vigentes y que, por disposición del artículo 10 de la Ley General Tributaria (RCL 1963, 2490), y habida cuenta de su contenido, constituían auténtica materia legal. A este respecto, se han integrado en la refundición, al tiempo que las normas propias de

las Leyes reguladoras de los Impuestos de Derechos Reales y del Timbre del Estado, aquellas otras pertenecientes a los textos reglamentarios dictados para su desarrollo y demás disposiciones de grado jerárquico inferior, pero, que por tener contenido normativo propio de una Ley, resultaba obligado elevarlas de rango, por expreso mandato de la Disposición transitoria de la repetida Ley General Tributaria».

Texto Refundido que tiene su origen en la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964 (RCL 1964, 1256, 1706 y RCL 1965, 665), donde se integran en un único impuesto los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes (Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Operaciones Societarias) y el Impuesto del Timbre (Actos Jurídicos Documentados).

Pues bien, habrá, entonces, que analizar la figura del préstamo hipotecario en el Impuesto de Derechos Reales, primero, para con posterioridad analizar esta figura en el Impuesto del Timbre.

En el Impuesto de Derechos Reales, efectivamente, se sometía a tributación la hipoteca (ya fuera la constitución, reconocimiento, modificación, etc.) en garantía de préstamos. Y el tipo de gravamen, desde los textos de principio del siglo pasado, era del 0,75 ó 0,50 por 100, o incluso otro distinto³.

Como causa de este tipo de gravamen inferior al de los demás derechos reales, ya los primeros comentaristas del impuesto⁴ mantienen que la razón no es otra que la de ser la hipoteca un poderoso auxiliar del crédito territorial, cuyo desarrollo y difusión interesa en gran medida al fomento de la riqueza pública, y esta consideración ha sido parte a que siempre la hipoteca haya gozado, dentro de la legislación del impuesto, de un tipo de tributación menos elevado que el aplicable a los demás derechos reales.

La normativa del Impuesto de Derechos Reales establecía en relación con la persona obligada al pago del impuesto, que el impuesto se satisfará, por regla general, por el que adquiera o recobre los bienes o derechos gravados o por aquel a cuyo favor se reconozcan, transmitan, declaren o adjudiquen los bienes, créditos o derechos.

Con arreglo a este principio, será contribuyente del Impuesto de Derechos Reales todo aquel que obtenga la utilidad o alcance el lucro en los actos o contratos sujetos al mismo, por lo que obviamente en la hipoteca, el sujeto pasivo era el acreedor hipotecario⁵.

hace referencias a las de 3 marzo [RJ 2001, 3301] y 19 de noviembre [RJ 2002, 848] de dicho mismo año), todas ellas de la misma Sección y Sala.

3. Así se expresa, aunque refiriéndose a la normativa vigente a partir de 1964, la STS de 19 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 848) (2196/1996) ya referenciada: «... Esta Sala ha partido del tratamiento unitario que siempre han merecido, en nuestro ordenamiento, los préstamos hipotecarios, en el sentido de que se han concebido como un solo y único hecho imponible, que primero basculó sobre el derecho real de hipoteca y después, a partir de la Ley 41/1964, de 11 junio (RCL 1964, 1256, 1706 y RCL 1965, 665), de Reforma del Sistema Tributario, sobre el préstamo».
4. RODRÍGUEZ VILLAMIL, J. M.: *Legislación del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes*, Madrid, 1948. MARAÑÓN, Jesús: *Impuesto de Derechos Reales y Transmisión de Bienes y sobre los Bienes de las Personas jurídicas*. Reus, Madrid, 1926, pg. 211 y 212.
5. Así, a modo de ejemplo, Resolución TEAC 7-10-1952: «El artículo 59, párrafo 1 del vigente Reglamento de 7-11-1947 (RCL 1948, 229, 276, 341), coincidente con igual precepto de reglamentos anteriores, dispone que el impuesto se satisfará, por regla general, por el que adquiere o recobre los bienes o derechos gravados, o por aquel a cuyo favor se reconozcan, transmitan o declaren o adjudiquen los bienes, créditos o derechos, cualesquiera que sean las estipulaciones en contrario que entre sí establezcan las partes contratantes, y que no se encuentra el presente caso comprendido entre las excepciones que enumera el mismo artículo 59 antes citado, sino expresamente en la regla general, puesto que en los préstamos hipotecarios es el acreedor el que adquiere el derecho real constituido sobre la finca hipotecada».

Como una regla especial se establecía que en los préstamos no garantizados con hipoteca satisfará el impuesto el prestatario, pero responderá solidariamente de aquél el mutuante, si percibiere total o parcialmente los intereses o el capital sin haber exigido al prestatario la justificación de haber satisfecho el impuesto.

Ahora bien, si el préstamo hipotecario estaba sujeto por el concepto de la hipoteca al Impuesto de Derechos Reales, resultaba que también estaba sujeto al Impuesto del Timbre la primera copia de la escritura pública en que se formalizaba ese préstamo hipotecario⁶. El Impuesto de Derechos Reales gravaba el acto, el del Timbre el documento.

Pues bien, en el Impuesto del Timbre, resulta que el obligado al pago del impuesto es, como regla general, la persona que suscriba el documento, regla general que tiene indudable eficacia para determinar el sujeto pasivo del tributo en todos aquellos conceptos tributarios que se reflejen en un documento suscrito por una sola parte, pero no cuando el documento contiene dos o más declaraciones de voluntad suscritas por los propio emitentes (como ocurre en los préstamos hipotecarios).

36

De esta forma, como regla especial se establece que en los contratos, serán las partes contratantes que suscriban el documento en que el contrato se formalice los que respondan directamente ante la Hacienda del pago del tributo. Se trata, pues, de una obligación que afecta a todos los suscriptores del documento y por esta razón el Fisco puede llevar la acción investigadora a donde quiera que el documento se encuentre y exigir el pago del tributo a cualquiera de las partes contratantes. Ahora bien, es evidente que, en uso de la libertad de pactos que impera en nuestro sistema legal (artículo 1255 del Código Civil [LEG 1889, 27], en conexión con el artículo 36 de la Ley General Tributaria, antes de su modificación, pues actualmente será el artículo 17.4), las partes podrán convenir libremente cuál sea de entre ellas la obligada a satisfacer el impuesto. Claro está que este convenio sólo tiene eficacia en la esfera interna de los contratantes, pero no puede ser opuesto frente a la Administración, porque un acuerdo de esta naturaleza sólo produce una obligación mediata o indirecta, de segundo grado, que no puede alterar la obligación y responsabilidad inmediata y directa, de primer grado, que por imperio de la Ley, se establecen a cargo de las personas que suscriben el documento⁷.

Sin embargo, se encontraba una regla específica

en el artículo 95.1 del Reglamento (RCL 1956, 1009) de la Ley del Timbre del año 1960 (RCL 1960, 383, 517, 596) cuando establecía: «Los contratos de préstamo y los de apertura de crédito quedan sujetos a timbre gradual (número 11 de la Tarifa), cualquiera que sea la garantía de la operación, siempre que ésta quede pactada en el propio contrato...».

El número 3 de este artículo del reglamento establece: «El reintegro de las operaciones a que se refiere este artículo se satisfará por las empresas bancarias y de crédito, formalizando los correspondientes contratos en las pólizas timbradas de préstamo y crédito que con ese fin expende el Estado».

AMORÓS RICA realiza, en relación con el artículo que se acaba de transcribir y, en concreto para el préstamo hipotecario, los siguientes comentarios⁸: «El contrato de préstamo y apertura de crédito tiende a contraer, desde un punto de vista fiscal, una unidad jurídica con la garantía que normalmente la acompaña, de tal forma, que tributariamente, apertura y garantía suelen ser un solo hecho. Es decir, que el concepto que el texto legal tiene del contrato de apertura de crédito, superpone los dos conceptos jurídicos propios de una y otra clase de contrato, de forma que convierte en centro de gravedad impositiva el de apertura.

La regla general para determinar el sujeto o contribuyente en el Timbre del Estado se basa en la suscripción o expedición del documento, y de aquí que en los contratos bilaterales de suscripción de varias personas, cualquiera de ellas tiene la consideración de sujeto pasivo para la exigencia de la correspondiente deuda tributaria. Esta regla general parece quebrar en el caso de préstamos y créditos bancarios, pues claramente advierte el artículo 95.3 que el reintegro de las operaciones a que se refiere este artículo se satisfaga por las empresas bancarias y de crédito.

El criterio se impone, no sólo por razones legales..., sino incluso porque al cliente le es imposible comprobar la realidad del reintegro, ya que el original, que es el que ha de llevar el timbre gradual previsto, en ningún momento va a quedar en su poder y por lo tanto ni incluso la responsabilidad por interés jurídico en su existencia le es aplicable por la razón acabada de indicar (concepto sobre el que se volverá posteriormente), ya que el presupuesto para la existencia de esta clase de responsabilidad exige que en algún momento el documento haya podido estar en poder del sujeto responsable. Esta conclusión exige dos aclaraciones: Primera: del reintegro de los duplicados es responsable

6. Y aquí se puede encontrar una de las carencias lógicas de la sentencia del Tribunal Supremo que se está comentando, pues si existe unidad en la tributación del préstamo hipotecario, en el sentido de la tributación exclusivamente de la hipoteca, en un primer momento, o exclusivamente por el concepto préstamo, con posterioridad, en el Impuesto sobre Derechos Reales (que en el futuro será la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD), esta afirmación del Tribunal Supremo que es correcta, no se puede extrapolar a la primera copia de escritura pública que documenta el préstamo hipotecario (que siempre ha tenido un tratamiento unitario), pues la tributación ha sido y sigue siendo (sin que haya variado) por el acto documentado (Impuesto sobre el Timbre, o en la actualidad modalidad de Actos Jurídicos Documentados del ITPyAJD), que es, se vuelve a reiterar, el préstamo hipotecario como un todo unitario.
7. SAINZ DE BUJANDA, Fernando: *Impuesto del Timbre en la industria y el comercio*. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1944, pgs. 51 a 53.
8. AMORÓS RICA, Narciso: *Timbre del Estado*. Editorial de Derecho Financiero. Serie Textos Fiscales Anotados. Volúmenes I y II. Prólogo de Francisco RODRÍGUEZ CIRUJEDA. Madrid, 1961. También del mismo autor: voz «Impuesto del Timbre del Estado». *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Publicada bajo la dirección de Carlos E. MASCAREÑAS; [continuada por Buenaventura PELLISÉ PRATS]; con la colaboración de eminentes profesores y juristas. -Barcelona: Francisco Seix, 1950-, voz *Impuesto del Timbre del Estado*, pg. 739 y ss. (del tomo correspondiente a la voz).

el cliente, y segunda, que, aunque fiscalmente los únicos obligados al reintegro son las empresas bancarias o de crédito, esto no obstaculiza la posibilidad de que lo repercutan, como es norma acostumbrada y establecida, pues como venimos sosteniendo con insistencia, los preceptos reguladores del Timbre del Estado sólo se preocupan de fijar la obligación de reintegro dejando libre la posibilidad o facultad de repercutir su pago en otras personas»⁹.

Pues bien, volviendo a seguir a los comentaristas del Impuesto de Derechos Reales de principio del siglo XX¹⁰, resulta que ambos impuestos tienen un mismo fundamento, que motivan o aconsejan su refundición, cosa que se realizó en 1964.

Y ello por la duplicidad de pago que se producía, puesto que se grava la transmisión atendida la cuantía, con un tanto por ciento por el Impuesto del Timbre y con otro por el Impuesto de Derechos Reales, distinguiéndose el del Timbre del Derechos Reales, en que el del Timbre es fijo independientemente del concepto o título de transmisión. Y esta duplicidad es, a juicio de los comentaristas del Impuesto de Derechos Reales, lo que más aconseja su refundición, porque pugna con los principios de equidad en que debe fundarse el impuesto¹¹.

Esa duplicidad o coincidencia puede existir en

cuanto afecta a determinados documentos, pero, según algún comentarista antiguo¹², existe una razón doctrinal que los separa, y es que el Impuesto del Timbre representa el pago de la autenticidad y el valor legal que presta a los documentos o actos que le están sometidos. Ahora bien, esta misma razón es la que se aduce por muchos autores para justificar el Impuesto de Derechos Reales, inspirado en el criterio individualista que define el impuesto como la prima de seguro que paga el ciudadano al Estado en correspondencia a la garantía que le presta. Y así se defiende el impuesto d'enregistrement (LEROY-BEAULIEU) sosteniendo que gracias al apoyo del Estado, a sus Tribunales, la propiedad puede pasar con seguridad del padre fallecido a los hijos que le sobreviven, del propietario vendedor al capitalista comprador, gracias también al Estado, los contratos son respetados y es, por tanto, natural y justo que aquél tome una parte del importe de las transmisiones que garantiza, lo que equivale a la prima del seguro¹³.

Pues bien, a partir de 1964 resulta que ambos impuestos se refunden, y resulta que como consecuencia de ello, en los préstamos hipotecarios, el concepto que se somete a gravamen pasa de la hipoteca al préstamo, como reconoce expresamente la sentencia que hemos reproducido anteriormente¹⁴. Es de-

9. Como sigue manifestando AMORÓS RICA: «Ahora bien para fijar el concepto de contribuyente por Timbre del Estado es previo concretar la normal intención legal o reglamentaria. Esta precisión obliga a distinguir entre las obligaciones legales de reintegro o timbrado y las de pago o efectividad real de la carga tributaria. La legislación de timbre sólo se preocupa de la primera. La segunda tiene una existencia independiente, surgida accidentalmente de la primera. La diferencia entre una y otra se recoge bastante explícitamente en los apartados 2) al final y 3) del artículo 2 del Reglamento del Timbre (RCL 1956, 1009). No se comprenderían estos apartados y aquellos conceptos si no se partiese de esta diferenciación. En el supuesto en el que exista identidad entre ambas obligaciones, que entre los conceptos no existiera diferenciación, no podrá hablarse de deudores o no deudores en el apartado 2) ni de sujetos paccionados en el apartado 3. Incluso no resultarían justas las obligaciones de reintegro que se imponen a los notarios y agentes mediadores cuando sus clientes son los que verdaderamente contraen y convienen obligaciones. La legislación reconoce la diferencia, por una parte, entre ambas obligaciones, y la indiferencia, por otra, del hecho de que se satisfaga por persona distinta al denominado sujeto pasivo. Estas consideraciones, como noción legal, se aprecian explícitamente, entre otros, en el artículo 103, apartado 6) del Reglamento. Si a este examen inicial derivado de una visión de conjunto, y no sólo del artículo 2 del reglamento, se unen las conclusiones de la propia naturaleza indirecta del Impuesto del Timbre propiamente dicho, se comprenderá que la repercusión es característica, legal y sustancial, sobre todo en la consideración clásica en que la repercusión constituye la verdadera diferenciación entre las distintas clases de impuestos. Son los propios artículos 3 y 4 del Reglamento los que facilitan y obligan la repercusión. Conclusión: la intención legal y reglamentaria, explícitamente formulada, es la repercusión».
10. MARAÑÓN: op. cit., pgs. 33 y ss., donde se cita a grandes tratadistas como SON UBIERNAY G. CASCALES, ALBI DE PAZ, PIERNAS HURTADO, ARRIAGA, LEROY-BEAULIEU, GABRIEL y GALÁN, DIEZ GÓMEZ.
11. PIERNAS HURTADO, J. M.: *Tratado de Hacienda Pública y examen de la española*. Tomo I, 4ª edición corregida. Tipografía de Manuel GINÉS HERNÁNDEZ. Madrid, 1891, pgs. 391 y ss., que con su enorme expresividad venía a decir: «ganaríamos siquiera en sencillez y tendríamos para una contribución un pretexto, no viéndose como ahora en el caso de no disponer más que de un pretexto para dos diversas exacciones».
12. MARAÑÓN: op. cit., pg. 35.
13. ACOSTA ESPAÑA, R: *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Operaciones Societarias. Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*. Tomo VII-1º. Dirigidos por Narciso AMORÓS RICA. Editorial de Derecho Financiero. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1991, pg. 5 establece citando los antecedentes del Impuesto de Derechos Reales: «...supone los intentos de incorporar al sistema español el droit d'enregistrement francés, cuyo claro exponente fue el Derecho de Hipotecas, introducido por la Ley de Reforma Tributaria de 1845».
14. La STS de 19 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 848) (2196/1996) ya referenciada establece: «... Esta Sala ha partido del tratamiento unitario que siempre han merecido, en nuestro ordenamiento, los préstamos hipotecarios, en el sentido de que se han concebido como un solo y único hecho imponible, que primero basculó sobre el derecho real de hipoteca y después, a partir de la Ley 41/1964, de 11 junio (RCL 1964, 1256, 1706 y RCL 1965, 665), de Reforma del Sistema Tributario, sobre el préstamo. En consecuencia, si el préstamo hipotecario está sujeto, aunque exento, en el IVA, no estará sujeto, como tal, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, concepto de Transmisiones onerosas. Por eso, si el artículo 15.1 del Texto Refundido del ITPyAJD (RCL 1993, 2849) no declara exenta la constitución del derecho de hipoteca en garantía de un préstamo, sino que lo incluye dentro del hecho imponible del préstamo, las primeras copias de las escrituras públicas de concesión de préstamos hipotecarios estarán sujetas a la cuota gradual (0,50 por 100) del gravamen de Actos Jurídicos Documentados, tal y como previene el antecitado artículo 31.2 y declaró la invocada sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7016). Es necesario añadir al respecto que, aunque, en puridad de conceptos, la conclusión de la unidad de hecho imponible, más que del mencionado artículo 15.1 del Texto Refundido aquí considerado encontraba su más claro

cir, en el préstamo hipotecario, la hipoteca sigue el régimen del contrato principal, es decir, del préstamo, en lo que es el antiguo Impuesto de Derechos

Reales, y a partir de 1964 la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, en relación con el contrato o transmisión sometida a gravamen¹⁵.

apoyo en el artículo 18 del Reglamento de 29 de Diciembre de 1981 (RCL 1982, 332, 1690), que, en vez de hablar, como hacía el tan citado artículo 15.1, de que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis en garantía de un préstamo, [tributarian] exclusivamente por el concepto de préstamo, se refería a que la constitución de préstamos garantizados con fianza, prenda, hipoteca y anticresis [tributarian] sólo por el concepto de préstamo -matiz que no pasa desapercibido a la Sala y que incluso podría haber dado pie a interpretar que el hecho imponible no era el préstamo hipotecario, sino la hipoteca, aunque su gravamen quedaba subsumido en el gravamen del préstamo, con la consecuencia de que el Reglamento se había excedido de la previsión legal que desarrollaba-, es lo cierto que la interpretación tradicional de esta Sala ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era y es único, y que, por tanto, la conclusión de su sujeción a AJD, hoy por hoy, es coherente, cualesquiera sean las tendencias legislativas que, en un futuro próximo, pudieran consagrar su exención en esta última modalidad impositiva, introduciendo la necesaria claridad en el sistema aplicativo de un impuesto, como el de AJD, que tantas dificultades encierra en su actual configuración, como ha hecho finalmente la Ley 14/2000, de 28 diciembre (RCL 2000, 3029), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al añadir un nuevo apartado 18 al artículo 45.I.B del Texto Refundido del ITP y AJD vigente de 24 de septiembre de 1993 (RCL 1993, 2849), aunque, obviamente, no sea de aplicación al caso aquí cuestionado. En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD (RCL 1981, 275, 651), y en relación, asimismo, con el artículo 18 del Reglamento de 1981 (RCL 1982, 332, 1690), hoy artículo 25 del vigente de 29 de mayo de 1995 (RCL 1995, 1816), que, por cierto, ya se refiere a la constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca».

15. A mi modo de ver el artículo 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD (RCL 1981, 275, 651) sólo se aplicará en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas de este impuesto, es decir, la concepción unitaria del préstamo hipotecario, en la modalidad de TPO, pasa del sometimiento de la hipoteca al préstamo, pero no en la modalidad de AJD, donde la concepción unitaria del préstamo hipotecario hará que siga recaeando la atención sobre la primera copia de la escritura en que se formaliza el préstamo hipotecario como contrato unitario, pues en esta modalidad no ha sufrido modificación la normativa anterior, a diferencia de lo que ha ocurrido en la modalidad de TPO. Como corroboración de lo manifestado, se trae a colación la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 8-8-1928, donde desde el punto de vista del Impuesto del Timbre (pues este órgano administrativo tuvo ciertas competencias en un momento histórico sobre este impuesto), actualmente la modalidad AJD, seguía existiendo esa concepción unitaria del préstamo hipotecario, pero puesto que aquí no ha sufrido modificación la normativa, considero que el hecho que invariablemente se ha sometido a tributación es la primera copia de la escritura de préstamo hipotecario, y por tanto el contribuyente será el acreedor hipotecario, como se indicará posteriormente. A la misma conclusión, aunque con otros argumentos, VILLARÍN LAGOS, M.: *La tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*. Aranzadi, Pamplona, 1997, pgs. 256-257 (BIB 1997, 309) establece: «...La hipoteca pasa a ocupar el primer plano en la consideración tributaria desplazando al préstamo que garantiza, ya que sólo la hipoteca cumple uno de los requisitos imprescindibles del aspecto material del hecho imponible del gravamen sobre el *negotium* notarial, el requisito de ser inscribible en alguno de los Registros Públicos mencionados en el artículo 31.2 del Texto Refundido». Se transcribe la resolución a la que se ha hecho alusión en esta nota: Resolución DGRyN de 8-8-1928: *Timbre correspondiente a un documento en el que se formaliza un préstamo garantizado con hipoteca: ¿debe regularse por la cuantía de aquél o sumarse a ella la de la hipoteca?* Corroborando la doctrina de la resolución de 16 de abril de 1928 y vistos los artículos 7 y 17 de la Ley del Timbre, 1857, 1861 y 1876 del Código Civil, se decide que no cabe la suma de los dos conceptos: «Considerando que el contrato en cuestión, aunque constituido por relaciones jurídicas de índole diferente, es un todo orgánico cuyos elementos íntimamente entrelazados se resisten a una descomposición con fines tributarios, toda vez que la cantidad prestada lo ha sido en atención a la hipoteca que se establece y el contenido de la obligación de restituir es el objeto de la garantía real. Considerando que la Administración pública aun distinguiendo con claridad la obligación y el derecho real, concede al préstamo hipotecario la especial unidad que la intuición popular le atribuye, como si se tratase de un solo acto jurídico o de un contrato complejo cuyas partes se hallan íntimamente enlazadas por la finalidad perseguida que se oponen a toda escisión en cuanto a la liquidación del Timbre se refiere. Considerando que este criterio se desprende directamente de la consulta evacuada por la Dirección general del Timbre, a petición de este Centro directivo, en 30 de marzo último, pues los argumentos en que entonces se fundaba para exigir la suma de las cuantías a los efectos de fijar el timbre de la escritura, o sea: las diferencias existentes entre el arrendamiento contrato bilateral que produce múltiples obligaciones y la hipoteca constituida en garantía de algunas, así como el haberse liquidado por ambos contratos el Impuesto de Derechos Reales, no son aplicables al contrato de préstamo hipotecario, que engendra obligaciones de un solo lado con una garantía real unida a las obligaciones creadas y que se liquida por un solo concepto. Considerando que así se deduce igualmente del último razonamiento de la resolución dictada por esta Dirección en 16 de abril último, que, después de aludir a la distinta naturaleza de las obligaciones y derechos, añade: "Es lo cierto que la Administración pública dando a los conceptos vulgares una virtualidad jurídica que este Centro no debe discutir, entiende que la regla séptima del artículo 16 de la Ley del Timbre es inaplicable a la escritura objeto del recurso, por prestarse su contenido a una separación entre obligaciones y derechos reales, más evidente en este caso que en el préstamo hipotecario". Resolución DGRN 16-4-1928: *La hipoteca en garantía de un arrendamiento constituida en la escritura en que éste se pactó, ¿Es, a los efectos del timbre, un solo contrato, o por el contrario han de conceptuarse distintos y claramente separados?* Considerando en la referente al segundo defecto que si bien los razonamientos del Notario recurrente sobre el carácter accesorio de la discutida constitución de hipoteca no quedan invalidados por las afirmaciones de que en los arrendamientos la hipoteca no es inseparable de la obligación principal, ni existe la menor analogía entre uno y otro contrato, toda vez que de cualquier obligación asegurada con hipoteca se puede decir lo mismo, es lo cierto que la Administración pública, dando a los conceptos vulgares una virtualidad jurídica que este Centro no debe discutir, entiende que la regla 7ª del artículo 16 de la Ley del Timbre es inaplicable a la escritura objeto del recurso por prestarse su contenido a una separación entre obligaciones y derechos reales, más evidente en este caso que en el préstamo hipotecario».
- Para la calificación del préstamo hipotecario como un contrato único como hace la Dirección General de los Registros y el Notariado, sirve como apoyo las reglas de calificación recogidas en los textos normativos. Así el Texto Refundido de la Ley y Tarifas de Timbre del Estado de 3 de marzo de 1960 (RCL 1960, 383, 517, 596), en su artículo 8.3º y 4º, y su Reglamento (RCL 1956, 1009) de desarrollo, en su artículo 27, recoge el principio de calificación. Decía el artículo 27.2 y 3: «2. La calificación, a efectos de reintegro, de los documentos u objetos impositivos de que se trate, se ajustará

Pero en relación con el Impuesto del Timbre, que sería ahora la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, sigue existiendo tributación por las escrituras, actas y testimonios notariales [artículo 164.1 g) de la Ley de Reforma del Sistema Tributario], declarando como supuesto de no sujeción los que estén sometidos a ITP y otros impuestos, salvo la denominada cuota fija. Y en la Ley, el artículo 168 c) establecía que era sujeto pasivo en los actos jurídicos documentados de carácter notarial, «los otorgantes de las escrituras y las personas que las suscriban o soliciten o aquellos en cuyo interés se expidan, en cuanto a las actas y demás documentos».

Por su parte el Texto Refundido de 1967 establece en su artículo 100.1 que están sujetos los siguientes actos jurídicos documentados: «g) las escrituras, actas y testimonios notariales».

Y el artículo 100.2 del Texto Refundido establecía: «No estarán sujetos al Impuesto por este título los actos a que se refiere el número anterior cuando lo estén por los Impuestos Generales sobre Sucesiones, **sobre el Tráfico de las Empresas** o por los Títulos primero y segundo de este Libro, aunque gocen de exención».

Y, por último, el apartado 4 establecía la cuota proporcional, además de la cuota fija, en el 0,50 por 100, que prácticamente coincide con el tipo de gravamen de las hipotecas en el antiguo Impuesto de Derechos Reales.

Por último, el artículo 104.1 c) del Texto Refundido se establecía que estarán obligados al pago del impuesto en los documentos notariales, los otorgantes, personas que los insten o soliciten o aquellos en cuyo interés se expidan.

Así, llegamos a la Ley 32/1980, de 21 de junio (RCL 1980, 1445), del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y al Texto Refundido de 1980, que especialmente esta-

blece en su Preámbulo que se dicta para recoger junto a las normas de la Ley 32/1980 y 41/1980 (RCL 1980, 1683), aquellas otras procedentes del Decreto de 6 de abril de 1967 (RCL 1967, 933, 1400), que se consideran vigentes, puesto que vienen de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964.

Pues bien, se establece en el artículo 22 de la Ley y Texto Refundido que el sujeto pasivo en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados (documentos notariales) será el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que lo insten o soliciten, o aquellos en cuyo interés se expiden¹⁶.

Por qué se introduce este cambio, donde se hace mención al adquirente del bien o derecho, mención que no se encontraba en el Texto Refundido de 1967, pues porque desaparece la incompatibilidad con el ISTE.

Es decir, en la normativa del Impuesto General sobre Tráfico de Empresa, tras la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964, Texto Refundido aprobado por Decreto 3314/1966, de 29 de diciembre de 1966 (RCL 1967, 228), se establecía en su artículo 4.1 d) que los préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles se consideraba un supuesto de no sujeción. Lo mismo hacía el Reglamento de desarrollo del Texto Refundido, aprobado por Decreto 3361/1971, de 23 de diciembre (RCL 1972, 101, 399).

Con esta catalogación como no sujeto del préstamo hipotecario, aparecía la sujeción a la cuota proporcional de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, puesto que el Texto Refundido de 1967 (ITPyAJD) establecía su incompatibilidad exclusivamente con los actos sujetos y exentos del Impuesto General sobre Tráfico de Empresas. No obstante, como los préstamos hipotecarios se sometían a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, reaparecía automáticamente la no sujeción a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados.

a la naturaleza jurídica que les corresponda por aplicación de los preceptos civiles, notariales, mercantiles, administrativos, procesales o de otra índole, en los que se contenga su fundamental regulación, salvo que en la Ley del Timbre o en este Reglamento existan reglas básicas sobre la materia en cuyo caso serán éstas las que prevalezcan a los efectos antes mencionados. 3. Si los documentos sujetos a Timbre se refieren a actos o contratos sometidos, a su vez, al Impuesto de Derechos Reales, la calificación que se practique con sujeción a la legislación de este último impuesto servirá también para determinar el reintegro procedente, a no ser que dicha calificación tenga por exclusivo objeto la fijación del tipo de gravamen aplicable en el Impuesto de Derechos Reales o que en las normas legales o reglamentarias de Timbre se contengan preceptos específicos sobre calificación del acto o contrato de que se trate, en cuyo caso serán estas últimas las aplicables a efectos de reintegro». Por su parte el artículo 28 del Reglamento establece:

1. Si en un mismo documento se comprenden actos o contratos de distinta naturaleza jurídica, aunque se refieran a los mismos bienes, se exigirá el reintegro correspondiente a cada uno de ellos...

2. A efectos de lo previsto en el artículo anterior, se presumirá, salvo prueba en contrario, que tienen sustantividad impositiva, aunque se contengan en el mismo soporte o elemento material:

2º. Los contratos principales y accesorios de naturaleza típica y nominada en el Código Civil, en el de Comercio, en las Leyes de Timbre del Estado o del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes, aunque consten en el mismo ejemplar o copia.

En materia del Impuesto de Derechos Reales, las reglas de calificación y de las convenciones liquidables se recogían en los artículos 41 y 43, respectivamente, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, que establecían: Artículo 41: «El impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, y prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia...». Artículo 43: «A una sola convención no puede exigirse más que el pago de un solo derecho; pero cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente en la tarifa, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas, salvo los casos en que este Reglamento determine expresamente otra cosa». Estas reglas siguen vigentes en la actualidad, con matizaciones, en el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Real Decreto Legislativo 1/1993 (RCL 1993, 2849).

16. Véase al respecto LÓPEZ BERENGUER, J.: «Los sujetos pasivos en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados». XXIX *Semana de Estudios de Derecho Financiero*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.



En 1979, y con el deseo de ir aproximado el IGTE al Impuesto sobre el Valor Añadido, que por aquellas fechas se estimaba de inminente aprobación (incluso existían borradores de proyecto de ley), se aprueba la Ley 6/1979, de 25 de septiembre (RCL 1979, 2339), de Régimen Transitorio de la Imposición Indirecta, donde expresamente se establece en su Exposición de Motivos que se incorporan al ámbito del IGTE las operaciones empresariales sobre bienes inmuebles¹⁷. Como consecuencia de esta Ley, se aprueba un nuevo Reglamento del IGTE, mediante Real Decreto 2609/1981, de 19 de octubre (RCL 1981, 2654 y RCL 1982, 24), por el que se deroga el del año 1971.

Pues bien, con la aprobación de esa Ley de 1979, a continuación se aprueba la Ley de 1980 del ITPyAJD, y si realmente se quería seguir sometiendo la hipoteca, entonces era necesario modificar la regulación que de la cuota proporcional se hacía en el Texto Refundido de 1967, en el sentido de excluir las incompatibilidades con el IGTE, pues ya desde 1980 las operaciones empresariales sobre bienes inmuebles (como son los préstamos hipotecarios) están sujetas y no exentas al IGTE.

Es decir, seguían sometiéndose a la cuota proporcional los préstamos hipotecarios, pero a su vez, también se incluía en el sujeto pasivo al que adquiere un bien o derecho, como consecuencia también de que las operaciones empresariales sobre bienes inmuebles (entre las que se encuentra una venta de un bien inmueble por una empresa) se encuentran sometidas al IGTE y además a la cuota proporcional de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados del ITPyAJD.

En consecuencia, después de todo este desarrollo histórico, resulta que encontramos un primer apoyo para considerar que el artículo 68 del Reglamento del ITPyAJD en su versión de 1995 se está extralimitando de lo dispuesto en la Ley y en el Texto Refundido so-

bre quién es sujeto pasivo, pues cuando la Ley se refiere al que adquiere un bien o derecho, nunca se está refiriendo a un préstamo hipotecario, sino a los supuestos de ventas empresariales sujetas al antiguo IGTE o al actual IVA¹⁸, pero se tendrá que seguir realizando una labor interpretativa, para considerar que el desarrollo reglamentario es contrario a la Ley.

Es decir, en el préstamo hipotecario sometido a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, por su análisis histórico, resulta que no se puede interpretar que el que adquiere un bien o derecho es el prestatario, puesto que no existe adquirente (como se verá posteriormente), y, en consecuencia, siempre se tendrá que aplicar la otra modalidad de sujeto pasivo, es decir, quien inste o solicite el documento o aquellos en cuyo interés se expidan.

Además, del análisis de la normativa histórica y su confrontación con la normativa actual, se puede decir que en los préstamos hipotecarios existe unidad de hecho imponible en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (se tributa exclusivamente por el préstamo, y no por el concepto de hipoteca), y esta unidad de hecho imponible también existe en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados¹⁹, pero el hecho imponible está constituido por las primeras copias de escrituras públicas, y no porque exista préstamo o porque exista hipoteca.

IV. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 29 DEL TEXTO REFUNDIDO ITPyAJD

Cuando el artículo habla de quien adquiera un bien o derecho, se está refiriendo a supuestos de transmisión, como por ejemplo una venta empresarial de un bien inmueble, que consta en escritura pública y que está sujeta y no exenta al Impuesto sobre el Valor Añadido, pero no al supuesto de préstamo hipotecario, donde no hay adquirente de un bien o un derecho²⁰.

17. No obstante, la Ley de Medidas Urgentes de Apoyo a la Vivienda de 5 de julio de 1980 (RCL 1980, 1683) las recondujo, transitoriamente, otra vez a su liquidación por ITPyAJD, hasta que se aprobó el Texto Refundido del ITPyAJD.
18. En parecidos términos la contestación a consulta de la Dirección General de Tributos de 15 de enero de 1988 que entendió que el cambio se debió a la cesación de la incompatibilidad entre el gravamen de Actos Jurídicos Documentados y el IGTE y subsiguiente incorporación al ámbito de aplicación al gravamen de Actos Jurídicos Documentados especialmente de las transmisiones empresariales de inmuebles y de los préstamos con garantía hipotecaria otorgados por entidades financieras, en lo que sí es posible la determinación de un adquirente, aunque a nuestro juicio en los préstamos hipotecarios no es posible hablar de adquirente, por lo que al préstamo se refiere.
19. La Exposición de Motivos del Reglamento del ITPyAJD establece: «...Esta insuficiencia del Reglamento quedaba suplida por el mantenimiento de la vigencia, en lo que no se opusiese al mismo, de los viejos Reglamentos de los Impuestos de Derechos Reales y Timbre del Estado, situación que no dejaba de plantear problemas en la gestión del impuesto. El nuevo Reglamento que ahora se aprueba, además de transcribir el contenido actualizado de los preceptos del nuevo Texto Refundido, incorpora los de los dos citados Reglamentos que se ha estimado mantienen su vigencia, procediendo a la derogación de éstos, si bien, por lo que se refiere al de Timbre de Estado, sólo en la parte que afecta a la materia impositiva que se reglamenta...».
20. Véase al respecto lo que se establece el artículo 1753 del Código Civil (LEG 1889, 27): «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere la propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad». - Siguiendo a CASTÁN: «El préstamo o mutuo se caracteriza por las siguientes notas: es un contrato real, ya que sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa; unilateral, en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el prestatario; traslativo de dominio, en cuanto transfiere la propiedad de las cosas al prestatario, estando únicamente obligado a devolver el género, y gratuito u oneroso, según se acompañe o no la estipulación del pago de intereses. La consideración del mutuo como contrato traslativo del dominio requiere, no obstante, alguna matización. Lo es ciertamente por la dicción literal del artículo 1753, pero no por su finalidad, ya que el contrato no se celebra con la de convertir a otro en propietario (como en la compraventa o donación), sino con la de cederle el uso de una cosa, si bien, por tratarse de cosa (dinero) cuyo uso consiste en el consumo, deba atribuirse a tal cesión el alcance práctico de una transmisión del dominio. La cesión de uso (verdadera finalidad de los contratos de préstamo) sería ilusoria si no se pusiera al cesionario en situación de poder usar efectivamente lo prestado; y tratándose de dinero -cuyo uso consiste en disponer- el uso sólo será posible si se tiene la facultad de disposición, que presume la titularidad dominical. Véase FERRANDIS VILELLA,

Pero si este argumento no es válido, está claro que quien adquiere un derecho es el acreedor hipotecario, así de esta forma, en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, se establece que en la constitución de derechos reales el sujeto pasivo es aquel a cuyo favor se realice este acto [artículo 8 c) del Texto Refundido (RCL 1993, 2849) y artículo 34 c) del Reglamento (RCL 1995, 1816) de ITPyAJD]. El artículo 104 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) establece que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación **para cuya seguridad fue constituida (es decir, el acreedor hipotecario)**.

De esta forma, concurriría en el acreedor hipotecario la condición de sujeto pasivo en la modalidad Actos Jurídicos Documentados, cuota proporcional, puesto que, en primer lugar, es quien adquiere un derecho, en este caso real, y, en segundo lugar, porque es la persona en cuyo interés se expide el documento, como ya hemos visto por la transcripción de los artículos de la Ley Hipotecaria.

Pero desde el punto de vista de que se considere sujeto pasivo **(que siempre es en defecto de que no haya adquisición de bienes o derechos)** el que inste o solicite los documentos notariales, también esta persona coincide con el acreedor hipotecario.

Y ello porque para que quede válidamente constituido el derecho real de garantía se exige que el documento en el que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad (artículo 1875.1 del Código Civil [LEG 1889, 27]), y que el artículo 145 de la Ley Hipotecaria considera que ese documento es la escritura pública.

Entonces, como consecuencia del carácter constitutivo que tiene la inscripción en el Registro de la Pro-

piedad, obviamente en las hipotecas voluntarias convenidas, el que instará los documentos notariales será el acreedor hipotecario. Como sustento de esta argumentación, se trae a colación que, en la práctica, la mayoría de las entidades financieras asumen, con cargo al prestatario, la tramitación (notarial, de registro y de gestoría) de las escrituras públicas de préstamos hipotecarios, ya que consideran que la tramitación no se puede dejar en mano del prestatario, como consecuencia de ese carácter constitutivo que tiene la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de garantía que es la hipoteca.

Otro argumento es el mismo artículo 1875 párrafo dos que establece (para el supuesto de las hipotecas legales) que las personas a cuyo favor establece hipoteca la ley, no tienen otro derecho que el de exigir el otorgamiento e inscripción del documento en que haya de formalizarse la hipoteca.

También el artículo 6 de la Ley Hipotecaria que establece que podrá instar, indistintamente, la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad, los que adquieran el derecho, los que lo transmitan, o por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir. Y el artículo 39 del Reglamento establece que se considerará como persona que tiene interés en asegurar el derecho que deba inscribirse a la persona que presente los documentos correspondientes en el Registro con el objeto de solicitar la inscripción.

Pues bien, quienes presentan la escritura pública de préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad para su inscripción son las entidades financieras, que además conserva en su poder la primera copia, donde consta los datos de inscripción, y al prestatario sólo se le entrega por la notaría una copia simple²¹.

en Notas a la 3ª ed. Española del Tratado de Enneccerus, t. II, vol. 2º, pgs. 417-418». En CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*. Tomo Cuarto. Decimocuarta edición, revisada y puesta al día por José FERRANDIS VILHILLO, Edit. Reus, Madrid, 1988, pgs. 450-451. Aferrándose a esta interpretación, la sentencia que se comenta establece: «En consecuencia, en el ITP no hay dificultad alguna para concretar cuál es el sujeto pasivo, puesto que el artículo 8 del RDLeg 1/1993 (RCL 1993, 2849) señala que "en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario tendrá la cualidad de sujeto pasivo", y dado que el préstamo hipotecario tributa únicamente como préstamo, el sujeto pasivo es, lógicamente, el prestatario; pero, en cambio, el IAJD, aplicable en los casos a que se refiere el artículo 31 del antes citado RDLeg, o sea, cuando el préstamo hipotecario no está sujeto al ITP (normalmente por estar sujeto al IVA) y la escritura pública tiene por objeto cantidad o cosa valuable, conteniendo actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, el artículo 29 de dicho texto indica que "el sujeto pasivo es el adquirente del bien o derecho...", de modo y manera que, en un préstamo, el adquirente es el prestatario (que es quien adquiere la cantidad prestada y se obliga a su devolución, con pago en su caso de los intereses) y, en un préstamo hipotecario, el adquirente sigue siendo el prestatario (que es quien adquiere la cantidad prestada, si bien el prestamista queda garantizado con el derecho real de hipoteca, pero sin adquirir tal derecho, porque lo que se produce es la constitución de dicho derecho real, que realiza precisamente el prestatario o un tercero, en su caso, sobre un bien de su propiedad). En cualquier caso, sea quien fuere el adquirente en el caso de hipoteca, si se aplica la norma según la que en la constitución de hipoteca en garantía de un préstamo la tributación se hace exclusivamente por el concepto de préstamo, el sujeto pasivo sigue siendo el adquirente del bien o derecho, o sea, el adquirente del préstamo, que es el prestatario». Ahora bien, si seguimos una interpretación literal sobre quién es sujeto pasivo, hay que decir que la propia normativa del ITPyAJD distingue siempre entre adquirente y prestatario en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, por lo que necesariamente la propia norma ya se está encargando de no equiparar el préstamo con una adquisición por parte del prestatario, así establece en su artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/1993 (RCL 1993, 2849) que en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el sujeto pasivo será el que los adquiere, y en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el sujeto pasivo será el prestatario. Pero es más, existe un supuesto de exención en el artículo 45.I B) 4 del Texto Refundido 1/1993 que establece expresamente que está exenta del ITPyAJD las actas de entrega de cantidades por las entidades financieras, en ejecución de escrituras de préstamo hipotecario, cuyo impuesto haya sido debidamente liquidado o declarada la exención procedente. En conclusión, frente a una interpretación basada en la literalidad de la norma del Código Civil (LEG 1889, 27), debe prevalecer la interpretación según las normas del propio tributo, donde el préstamo no se asimila a una transmisión de bienes y derechos, calificación que, además, procedería por las normas de calificación existentes en el antiguo Impuesto sobre el Timbre, transcritas a nota a pie de página en este artículo, donde las calificaciones fiscales prevalecían sobre las calificaciones de otras ramas del ordenamiento jurídico. En el mismo sentido la regla de supletoriedad establecida en la Ley General Tributaria (RCL 1995, 2945).

21. La jurisprudencia sobre quién es sujeto pasivo en el Impuesto del Timbre se puede resumir del siguiente modo: «La persona a quien interese la posesión del documento ha de estimarse como librado a su favor, y, en consecuencia, como persona obligada al pago» (RTEAC 26-septiembre-1950). «Careciendo la Ley del Timbre de preceptos concretos que determinen la persona

No obstante, se va a comparar la redacción del actual artículo 29 del Texto Refundido con el artículo 168 c) de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964 (RCL 1964, 1256, 1706 y RCL 1965, 665), que establecía que el sujeto pasivo en los documentos notariales eran «los otorgantes de las escrituras y las personas que las suscriban o soliciten o aquellos en cuyo interés se expidan, en cuanto a las actas y demás documentos», de donde se pueden extraer las siguientes conclusiones:

—La referencia en el artículo 29 del actual Texto Refundido al «adquirente del bien o derecho» se introduce en el año 1980 precisamente para recoger aquellos supuesto sometidos al IGTE (en la actualidad sería el IVA), como son las ventas empresariales de inmuebles, puesto que a partir de esa fecha desapareció la incompatibilidad entre IGTE y la cuota proporcional de la modalidad AJD.

—La referencia en el artículo 29 del actual Texto Refundido a «las personas que insten o soliciten los documentos notariales», se tiene que poner en conexión con la redacción del artículo 168 c) de la Ley de Reforma del Sistema Tributario cuando establece «los otorgantes de las escrituras y las personas que las suscriban o soliciten», aunque no es del todo igual.

—La referencia en el artículo 29 del actual Texto Refundido a «aquellos en cuyo interés se expidan», se tiene que poner en conexión con la redacción del artículo 168 c) de la Ley de Reforma del Sistema Tributario cuando establece «o aquellos en cuyo interés se expidan, en cuanto a las actas y demás documentos».

Pero quizá la redacción de los artículos de la Ley de Reforma del Sistema Tributario, del Texto Refundido de 1967 y del artículo 29 del actual Texto Re-

fundido, en relación con quien se considera sujeto pasivo tenga que ver con la regulación que se contenía en el Reglamento del Timbre (RCL 1956, 1009) sobre sujeto pasivo y sujeto responsable.

Sobre el sujeto pasivo ya nos hemos detenido en páginas anteriores, y quizá la eliminación de la redacción normativa de los otorgantes o de los que suscriban las escrituras públicas tenga que ver con los problemas que se originaban en los contratos bilaterales, sustituyéndose por quienes instan o solicitan los documentos notariales, en este caso las primeras copias.

Pero, junto al sujeto pasivo, se encontraba el sujeto responsable en la regulación del Impuesto del Timbre, figura que posiblemente se identifique con el sujeto pasivo que en los textos normativos que han sustituido a los que regulaban el Impuesto del Timbre se denomina como el que tenga interés en la expedición del documento notarial. Así el Texto Refundido de 1967 (RCL 1967, 933, 1400) encabeza el artículo 104 (que como ya se ha dado noticia se refiere al sujeto pasivo) con el título «sujeto pasivo y responsabilidad del tributo».

El artículo 3 del Reglamento del Impuesto del Timbre acuñaba la noción de responsable del impuesto, donde se desarrolla la idea de interés jurídico, y que vuelve a aparecer en la normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. En primer lugar, se diferencia el sujeto pasivo y el responsable en el sentido de que este último no es suscriptor, expedidor o productor (nota que se predica del sujeto pasivo) y positivamente el documento le ofrece un interés jurídico.

De esta forma se identifica legalmente la noción

obligada al pago, la jurisprudencia y la práctica han venido a suplir tal omisión, por lo que respecta a las primeras copias de las escrituras públicas por aplicación extensiva del artículo 222 del mismo cuerpo legal, que declara responsables a su pago a las personas que suscriban el documento, asignando este carácter al firmante de las mismas, a cuya instancia se hubieren expedido tales primeras copias» (RTEAC 30-marzo-1954). «Los interesados a quienes se entreguen las primeras copias de las escrituras deberán presentarlas para satisfacer el impuesto a ingresar en metálico, de donde se deriva que sólo tiene acción para reclamar la persona a quien, de modo directo, afecta el acto liquidatorio» (RTEAC 18-mayo-1954). «No contentiéndose en la vigente Ley del Impuesto normas precisas y expresas sobre a qué interesado corresponde el pago del tributo correspondiente a las primeras copias de las escrituras gravadas por el artículo 15 de dicha ley, hay que estimar, al menos en principio, que es de aplicación la norma general contenida en el artículo 222 modificada por la Ley de 17 de julio de 1951 (RCL 1951, 812), que hace responsables del tributo a los que suscriban o tengan intereses en la existencia del documento, sin perjuicio del derecho que puede asistirles para reclamar, en su caso, lo satisfecho por reintegro de los que consideren sus deudores; responsabilidad solidaria ante la Administración sin determinación de parte entre los codeudores administrativos, que el precepto legal difiere como asunto a resolver entre éstos, pero que por las mismas circunstancias y por aplicación de los artículos 1141 y 1148 del Código Civil (LEG 1889, 27) hay que estimar que el que paga el tributo puede hacer todo lo que sea útil a los demás posibles responsables, incluso oponiendo los derechos que personalmente correspondan a la entidad que da lugar al devengo del tributo, por haber pedido y obtenido para sí la expedición de la primera copia del documento que constituye el objeto gravado» (RTEAC 18-diciembre-1955 y 24-abril-1956). Interesante a estos efectos la dicción del artículo 1455 del Código civil cuando establece: «Los gastos de otorgamiento de escritura serán de cuenta del vendedor, y los de primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario». En relación con el supuesto consistente en que el documento se suscriba por varias personas o partes, resulta interesante la sentencia del Tribunal Supremo (Sala primera) de 31 de octubre de 1951 (RJ 1951, 2365). De su contenido pudiera deducirse que cada parte o interesado debe satisfacer el reintegro o timbre correspondiente a su ejemplar. Con esto se reconoce la validez del principio de que los gastos de legalización, impuestos, etc., deben ser de quien interese la existencia del documento (principio que aparece en ENNICCERUS y otros: *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1953. Tomo II, Vol. I, pg. 313). Así establece la sentencia mencionada: «Que el Impuesto del Timbre, según la Ley que lo regula, grava los documentos que cuando son privados y tanto en la oficina liquidadora del Impuesto de Derechos Reales, como en el pleito, no se han presentado más que un ejemplar firmado por las dos partes que en él han intervenido, y no habiendo estipulación sobre la obligación de pago, recae dicha obligación sobre aquel para el cual se ha expedido...». Toda esta jurisprudencia se ha recogido es: AMORÓS RICA, Narciso: *Timbre del Estado*. Editorial de Derecho Financiero. Serie Textos Fiscales Anotados. Volúmenes I y II. Prólogo de Francisco RODRÍGUEZ CIRUEJA. Madrid, 1961.

de interés jurídico con la de ventaja o beneficio unida a la simple posibilidad de su exigencia o beneficio.

AMORÓS RICA nos dice en relación a la noción de interés jurídico²², que «no aparece formulada concretamente en el Reglamento y por ello resultaría aventurado formular su noción o concepto en forma rotunda o dogmática. Del texto reglamentario parece desprenderse que se puede identificar con el de ventaja o beneficio jurídico conocido, unido a la simple posibilidad de su exigencia o ejercicio. Esta noción no acaba de satisfacernos por encontrarla asaz incompleta. Se encuentra recogida más o menos implícitamente en el texto reglamentario. Así, el inciso final del número 2 del apartado 2) del artículo 3, interpretado a sensu contrario, nos proporciona la nota positiva de la ventaja o beneficio jurídico, e incluso la que ha de ser conocida por el interesado jurídicamente (no ignorada por éste, dice). La exigencia o ejercicio de tal ventaja o beneficio, aunque sea potencial, trasciende claramente de los números 1 y 2 del artículo 3. Por eso, la inconcreción que pudiera tener se compensa bastante con su ortodoxia legal o reglamentaria.

Todo concepto o noción trae siempre anejas consecuencias y éste no es una excepción. El que para que exista responsable por interés jurídico sea preciso que del documento, hecho tributario necesario, se desprenda una ventaja o beneficio para él, determina que si se desprendiera perjuicio u obligación no surgirá esta clase de responsabilidad. Tal puede ser el caso de documentos extintivos de obligaciones suscritos por el representante del acreedor, mientras que existirá esta clase de responsabilidad para el deudor no suscriptor (recibos, documentos liberatorios, etc.). De otro lado, es preciso que se pueda ejercitar el derecho que otorga la ventaja o beneficio. Esto confirma la construcción eminentemente jurídica de esta responsabilidad y cómo quedan fuera de ella las ventajas o beneficios basados en puros hechos o acontecimientos. Incluso creemos que las obligaciones llamadas naturales no convertirán al acreedor en sujeto responsable. Es suficiente la posibilidad de ejercicio, pero esta simple posibilidad la estimamos indispensable e insoslayable.

De esta forma, existen dos hipótesis diferenciadas claramente de sujetos responsables, a saber: 1º. El poseedor o tenedor actual o pretérito de un documento que le puede reportar interés jurídico y, 2º. El ejecutante de un derecho documentado que satisface su interés jurídico.

Estos supuestos encajan perfectamente en el concepto de interés jurídico que no exige la realidad del ejercicio del derecho, pero sí, indudablemente, su posibilidad. La verdadera clave de la consideración jurídica del sujeto responsable está en identificarlo con el titular de un derecho documentado susceptible de ejercicio.

El derecho debe tener o reportar interés o beneficio jurídico para el titular. Y al interés jurídico debe dársele la acepción dada por nosotros anteriormente.

Pero este argumento no se puede extrapolar a los supuestos de escrituras públicas que documentan préstamos hipotecarios sometidos al IVA, pues en este caso el sujeto pasivo será según la redacción de 1964 «los otorgantes de las escrituras y las personas que las suscriban o soliciten» o en la redacción del actual Texto Refundido «las personas que insten o soliciten los documentos notariales».

Es decir, claramente se observa que en los préstamos hipotecarios, no se puede aplicar la regla del «adquirente del bien o derecho», puesto que no existe adquirente, sino la regla de «las personas que insten o soliciten los documentos», que en la redacción del año 1964 (aunque no del todo igual) es «los otorgantes de las escrituras y las personas que las suscriban o soliciten».

Así cobra sentido cuando se establece en la sentencia que comentamos que *«en los préstamos hipotecarios existen numerosos supuestos de actas o documentos notariales que se formalizan precisamente a solicitud del prestatario (como son los casos de un acta de cancelación parcial del préstamo, un acta de extinción de hipoteca o un acta de subrogación en el préstamo hipotecario)»*.

Y ello porque analizado el artículo 29 con su antecedente, se observa que en las actas, el sujeto pasivo es la persona en cuyo interés se expida, que como muy bien dice la sentencia para los supuestos mencionados es el prestatario.

Por lo tanto, la regla general, y aplicable a los préstamos hipotecarios, si consideramos que en un préstamo no existe adquisición, como ya nos hemos encargado de corroborar por la aplicación de la normativa tributaria, será quien inste o solicite los documentos notariales, en concreto las primeras copias de la escritura pública. Todo ello en relación con los artículos de la Ley Hipotecaria y el Código Civil citados ya, y el Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 (RCL 1945, 57), que establece en su artículo 224 que además de cada uno de los otorgantes según el artículo 17 de la Ley, tienen derecho a obtener copia, en cualquier tiempo, todas las personas a cuyo favor resulte de la escritura algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por acto distinto de ella, y quienes acrediten, a juicio del Notario, tener interés legítimo en el documento. El artículo 17.2 de la Ley del Notariado establece: «Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes». Artículos, además, que apoyan que quien adquiere un derecho real de garantía es el acreedor hipotecario, por lo que carece de sentido la distinción que hace la sentencia entre adquisición y constitución del derecho real de hipoteca²³.

22. AMORÓS RICA, Narciso: op. cit., «Impuesto del Timbre del Estado...», pgs. 745 y 746.

23. PUIG PEÑA, Enrique, en *la Nueva Enciclopedia Jurídica*. Publicada bajo la dirección de Carlos E. MASCAREÑAS [continuada por Buenaventura PELLISÉ PRATS]; con la colaboración de eminentes profesores y juristas. Barcelona. Francisco Seix, 1950, voz *Copia*, pg. 741 (del tomo correspondiente a la voz) establece: «Tradicionalmente se ha venido distinguiendo en el derecho notarial entre primeras y segundas o posteriores copias. Se ha considerado siempre como primera copia la que tiene el derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes, o la persona a cuyo favor resulte en la escritura consignado algún dere-

En definitiva, para ver quién es sujeto pasivo habrá que estar a la persona que inste o solicite la expedición de primera copia de escritura pública en los supuestos de préstamos hipotecarios, y para ello será necesario acudir a las normas que ya se han transcrito de la Ley y Reglamento Hipotecario, y, también, a la Ley y Reglamento Notarial, pero no cabe una interpretación del autor del Reglamento del Texto Refundido ITPyAJD estableciendo que en los préstamos hipotecarios se considera sujeto pasivo al prestatario²⁴.

Además, como ya se ha manifestado, la cuota proporcional del artículo 31.2 TR ITPyAJD se refiere a las primeras copias, y como ya se ha manifestado, el prestatario nunca obtiene primera copia, sino copia simple, y es la entidad financiera la que asume la tramitación ante el Registro de la Propiedad de la primera copia de cara a la inscripción y consiguiente constitución de la hipoteca.

Así se traen a colación STS de 6 de noviembre de 1943 (RJ 1943, 1196), que lo fue sobre la base del artículo 15 de la Ley de Timbre de 18 de abril de 1932, y en materia de cuota gradual de timbre que se ha de emplear en los instrumentos públicos.

Establece la sentencia de 6 de noviembre de 1943:

«Que el artículo 15 de la Ley contiene la escala gradual de timbre que se ha de emplear en los instrumentos públicos, ordenando el pago a metálico del exceso sobre la cuantía de 50.000 pesetas a razón de 4,5 por 1.000 y se refiere

al primer pliego de las primeras copias de escrituras o documentos, empleando constantemente el plural, como es lógico, ya que de cada escritura puede obtener una primera copia cada uno de los otorgantes de la misma, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley del Notariado, y, además, todas las personas a cuyo favor resulte algún derecho que dimanar de la escritura directamente o por acto distinto de ella, y quienes a juicio del Notario acrediten tener interés legítimo en el documento, según dispone el artículo 305 del Reglamento (notarial) de 7 de noviembre de 1921».

«... Es de tener en cuenta que el hecho de no individualizarse en la Ley quién sea el sujeto del impuesto, cuando varios interesados obtienen primera copia de un mismo documento, demuestra que todos y cada uno de los que obtuvieron primera copia a su favor vienen obligados a satisfacer por ella la totalidad del gravamen con arreglo a la cuantía del contrato o contratos contenidos en el instrumento público, pues no cabe admitir, en buenos principios interpretativos, que la condición de contribuyente obligado al pago del impuesto dependa del momento de la presentación de la copia, exigiendo el gravamen total al primero que la presentó y el gravamen reducido a los que presentaron las suyas con posterioridad, conclusión a la que en ningún caso se puede llegar por no existir disposición en la Ley que lo autorice».

«... En consecuencia, que, en los documentos públicos que contengan contratos que no merezcan un trato especial, consignado expresamente en la Ley, debe satisfacerse el impuesto de timbre por medio de papel o pólizas, o el

cho, ya sea directamente o adquirido en acto posterior. Segundas o posteriores copias se ha considerado siempre a las demás que pueden obtener los interesados y cuantas personas tienen derecho a ello mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: mandamiento judicial y citación de los interesados o del Ministerio Fiscal cuando se ignore la existencia de éstos o se hallen ausentes del pueblo de la notaría. Esta clasificación tradicional tenía y tiene importancia, como dice NÚÑEZ LAGOS, para el juicio ejecutivo, pues es lógico que no pueda ejecutarse un derecho sobre el patrimonio del deudor sin tomar ciertas garantías a favor de éste, la primera de las cuales —y única que aquí nos interesa— es la de la que la copia notarial del título del crédito sea “primera” o caso de ser “segunda o posterior” esté expedida en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien perjudica, como dice el artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1) (*actualmente sería el artículo 517 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]); pues es claro que de admitirse a ejecución segundas copias sin este requisito, podría fácilmente despacharse ejecución dos o más veces contra una misma persona con los consiguientes perjuicios. Pero fuera de esto, todas las copias notariales de una matriz deben tener el mismo valor (A pesar de la evidencia que representa esta afirmación, no se ha seguido este sencillismo en la práctica registral, y así como dice el hipotecarista antes citado, ha surgido el criterio de no admitir segundas copias para causar inscripción en el Registro de la Propiedad, criterio que tuvo reflejo hasta en alguna resolución (DGRN 14 de marzo de 1919 y que afortunadamente hoy está superado, así establece Díez PICAZO, Luis: *Fundamento de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. III. *El Registro de la Propiedad*. Civitas, Madrid 1995: “Documentos notariales, deben tratarse de escrituras públicas: Por regla general deberán presentarse en el Registro primeras copias de las escrituras autorizadas por el Notario en cuyo poder se encuentre el protocolo correspondiente. Puede practicarse en virtud de segunda copia (RDGR 14-3-1919). Entendiéndolo así, el nuevo Reglamento notarial dispone en su artículo 233 que a los solos efectos del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*actualmente sería el artículo 517 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*) las copias de las escrituras se dividirán en primeras y segundas. Las personas de quien constare en el protocolo haber obtenido primera copia o los sucesores de las mismas que obren con tal carácter, no podrán obtener, sin las formalidades determinadas en el artículo 18 de la Ley, otro traslado de las escrituras cuando éstas contengan obligaciones exigibles en juicio ejecutivo. Con excepción, pues, del juicio ejecutivo y de la regulación del timbre, todas las copias expedidas por el notario competente se considerarán con igual valor, sin más limitación que la derivada del artículo 1220 del Código Civil (LEG 1889, 27) cuando fueren impugnadas en el juicio declarativo correspondiente por los trámites de los artículos 597 y 599 de la ley de Enjuiciamiento Civil (*que actualmente se encuentran derogados, remitiéndose a los artículos correspondientes del juicio ordinario y verbal*)).

24. ACOSTA ESPAÑA, R.: *El Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*. Tomo VII-2º. Dirigidos por Narciso AMORÓS RICA. Editorial de Derecho Financiero. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1991, pg. 1000 establece al respecto: «...Sin embargo, si ahondamos en la significación del Impuesto precisamente cuando atiene al documento que comprende los actos no sujetos (*se está refiriendo al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales*), probablemente entonces no quepa hablar de adquirente, a menos que se trae de actos unilaterales, y por ello aparece el en defecto. Con ello vemos que detrás del artículo se encierra la realidad de que cuando se trata de un impuesto estrictamente documental, son las relaciones con el documento, en cuanto tal, las que tienen trascendencia fiscal. Así este artículo, rebasada la expresión inicial (*la de adquirente*), nos ayuda a configurar el gravamen como Impuesto sobre una determinada especialidad de documentos solemnes».

exceso a metálico, en su caso, por cada una de las primeras copias que se expidan a favor de los otorgantes; y la Sala, al decirlo así, resolviendo este recurso, sienta la doctrina a que en lo sucesivo han de atenerse los Tribunales inferiores, dejando intacta, en cumplimiento de lo ordenado por la Ley, la situación jurídica creada por la sentencia que el Tribunal provincial de S. dictó en el recurso promovido por el señor S. del C.».

Por todo lo dicho, si el artículo 68 del Reglamento establece una regla interpretativa²⁵ de quién se considera adquirente, y, por tanto, sujeto pasivo en la modalidad de AJD en los préstamos hipotecarios, esta regla interpretativa, recogida en el Reglamento, es contraria a la Ley y Texto Refundido del impuesto, puesto que no existe adquirente en un préstamo, y en el supuesto de un préstamo hipotecario se estaría, en todo caso, a las otras reglas de determinación del sujeto pasivo en la modalidad de AJD recogidas en el artículo 29 del Texto Refundido.

V. ANÁLISIS DEL IAJD EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS DESDE LA VERTIENTE CONSTITUCIONAL

También se quiere poner de relieve que la cuota proporcional de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados del ITPyAJD puede ser inconstitucional, puesto que es una de los residuos históricos del Impuesto sobre el Timbre, donde no existe la nota que predica el artículo 31.1 de la Constitución española (RCL 1978, 2836), cuando configura el deber general de contribuir, sobre el principio de capacidad económica, puesto que este impuesto supone exclusivamente la contraprestación que el Estado obtiene por dar mayor fuerza a los documentos auténticos²⁶, además, de la doble imposición que se produce en el supuesto concreto que se está analizando, como más tarde se analizará²⁷.

Como ya se ha manifestado anteriormente, la escritura pública de préstamo hipotecario tributaba, si se daban una serie de requisitos, tributaba en el antiguo Impuesto sobre el Timbre, además de por el concepto correspondiente en el antiguo Impuesto de Derechos Reales.

En consecuencia, se producía una duplicidad de pago de impuestos en un préstamo hipotecario (por un lado, en el Impuesto de Derechos Reales, y, por otro lado, en el Impuesto sobre el Timbre), que fue muy criticada por la doctrina tributarista, puesto que como ya se dijo, la finalidad de ambos impuestos era la misma, la seguridad que presta el Estado a los contratos.

Con la refundición de ambos impuestos en un solo impuesto, se elimina esa duplicidad, puesto que no procede cuota proporcional por la modalidad de Actos Jurídicos Documentados cuando el acto (el préstamo hipotecario) está sujeto o sujeto y exento a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas o a la modalidad de Operaciones Societarias o al Impuesto General sobre Tráfico de Empresas.

Pues bien, se produce duplicidad de pago de impuestos a partir de 1980, otra vez, puesto que hasta esa fecha se sometía a gravamen por un solo impuesto. Y, a partir de 1980, al someterse a tributación al Impuesto General sobre Tráfico de Empresa los préstamos hipotecarios, como ya se ha eliminado la incompatibilidad en la Ley del ITPyAJD (modalidad AJD cuota proporcional) de los actos sujetos o sujetos y exentos del IGTE, entonces se produce tributación por IGTE y, además, por la modalidad AJD.

Duplicidad de impuestos que persiste en la actualidad en determinados supuestos, con la sustitución del IGTE por el IVA, puesto que la operación está sujeta al IVA (aunque exenta) y además a la modalidad de AJD.

Es decir, realmente en determinados supuestos (como el que aquí se contempla) se está produciendo una duplicidad de gravamen sobre una misma operación, así el IVA (aunque la operación esté exenta), la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, y las prestaciones patrimoniales públicas en que consisten el arancel del notario y del registrador de la propiedad (cuyas finalidades son dar fe pública de los contratos y garantizar la inscripción de los derechos reales, que es oponible frente a terceros, con lo que se remunera, otra vez, la seguridad que presta el Estado a los contratos)²⁸.

Duplicidad, si, además, analizamos la verdadera naturaleza jurídica del gravamen proporcional de Actos Jurídicos Documentados sobre los préstamos hipotecarios sujetos a IVA.

Pues bien, resulta que si se analiza el Texto Refundido del Impuesto de Timbre de 1960 (RCL 1960, 383, 517, 596), se está refiriendo al timbre fijo, al timbre gradual y al timbre complementario proporcional.

En concreto el artículo 10 (relativo a documentos notariales) establece que estarán sujetos a **timbre gradual** el primer pliego de las primeras copias de las escrituras y actas notariales que tengan por objeto cantidad o cosa valuable. Cuando la base exceda del límite máximo de la escala, el documento habrá de presentarse en la Oficina liquidadora... a fin de que

25. Reglas interpretativas que sí contempla el Reglamento del ITPyAJD (RCL 1993, 2849) cuando establece la Exposición de Motivos del mismo «que se incluyen... las disposiciones aplicativas o interpretativas que se han considerado necesarias para la adecuada efectividad del tributo».

26. Así, entre otros, FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, F.: «El Impuesto de Actos Jurídicos Documentados» RDFyHP, 67, 1967, pg. 1885; MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J.: *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales*, Publicaciones del Cincuentenario del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, Centro de Estudios Hipotecarios, 1985; IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «El Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados a la luz del artículo 31 de la Constitución y la posibilidad de que los Tribunales Económico-Administrativos planteen cuestiones de inconstitucionalidad». *Actualidad Tributaria*, núm. 36, 1995.

27. ALBINANA, C.: prólogo a la obra de Antonio MARTÍNEZ LAFUENTE, *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. 5ª ed., Marcial Pos, Madrid, 1997. VILLARÍN LAGOS, M.: op. cit, pg. ...

28. Para algunos autores existe prestación patrimonial de carácter público en estos supuestos, en contra STS de 10 de junio de 2003 (RJ 2003, 4565), que en la actualidad se encuentra recurrida ante el Tribunal Constitucional en amparo.

se satisfaga en metálico el **timbre complementario proporcional** a su cuantía.

Ya en el año 1964, se regula exclusivamente la cuota fija y la cuota proporcional, que en la actualidad es del 0,50 por 100 en la normativa estatal. Es decir, desaparece la cuota gradual, y se deja en vigor exclusivamente un tipo de gravamen proporcional sobre la base imponible, que sería igual a ese timbre proporcional complementario del que hablaba la Ley de 1960.

Pues bien, resulta que en ese supuesto no nos encontramos con un impuesto documental, y ello a pesar de que este impuesto en su modalidad proporcional, se ha considerado por parte de la doctrina, representa el pago de la autenticidad y el valor legal que presta a los documentos o actos que le están sometidos, típica de los derechos o tributos documentales.

Y ello, porque, en contra de lo manifestado, no se puede considerar un típico supuesto de derechos o tributo documental, al no tener carácter remuneratorio, remuneración consistente en el servicio que se presta de autenticidad y valor legal a los documentos.

Tampoco tiene la concepción de tributo de registro. La categoría de tributo de registro tiene su fundamento en la prestación del servicio público de registro y la preconstitución de prueba o reconocimiento o concesión de un derecho por parte de la Administración procurada al sujeto pasivo por medio del registro que en ocasiones toma en cuenta, para cuantificar la cuota tributaria debida, la capacidad contributiva que se manifiesta en el acto sujeto al tributo (normalmente cuando se trata de un acto de transferencia de riqueza) y en otras no²⁹.

Para ello traemos la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 21 de junio de 2001 (TJCE 2001, 176), asunto C-206/99, y la STC 233/1999 (RTC 1999, 233), FJ 19. c), donde se establece que el coste del servicio actúa como límite máximo, o como criterio para delimitar el límite máximo, en la cuantía de los derechos o tributos remuneratorios.

Es decir, el importe se calcula sobre la base del coste del servicio prestado. No obstante, es necesario añadir que, si bien puede ser difícil determinar el coste de ciertas operaciones, en cuyo caso debe admitirse la evaluación global de dicho coste, es necesario que tal evaluación se realice de manera razonable, tomando en consideración, en particular, el número y la cualificación de los agentes, el tiempo

empleado por éstos y los diversos gastos materiales necesarios para llevar a cabo dicha operación. Y que podía cumplir perfectamente, a nuestro juicio, el anterior timbre gradual, con su correspondiente escala en función de la cuantía del documento notarial.

En consecuencia, en la cuota proporcional de AJD documentos notariales que se impugnaba, un derecho cuya cuantía aumenta directamente en proporción a la cuantía del acto o bien objeto de la escritura, no se cumple con los criterios recogidos en la jurisprudencia citada. Porque, en efecto, aunque en algunos casos puede existir una conexión entre la complejidad de una operación y la cuantía del acto o bien, la cuantía no estará, por lo general relacionada con los gastos en los que se incurre.

De lo anterior resulta que en la medida en que aumenta directamente en proporción al valor del negocio escriturado, no se cumple con un derecho remuneratorio o de registro, o si se quiere documental, en el sentido de cobertura de gastos por la prestación del servicio.

En opinión del TJCE (FJ 37°): «...El importe de un derecho percibido como contrapartida de una operación determinada debe siempre calcularse sobre la base del coste de dicha operación para tener carácter remunerativo..., tanto si dicho coste puede evaluarse con precisión como si precisa una evaluación global, un límite máximo que no pueda considerarse razonable respecto a dicho coste no modifica el eventual carácter no remunerativo del derecho de que se trate».

Entonces, al no tratarse de un impuesto documental, ni de registro, debe concluirse que es un impuesto que está gravando la operación o el acto documentado (en el caso concreto la constitución de hipoteca, como en el antiguo Impuesto de Derechos reales), cuando la operación escapa de tributación en las modalidades ITP y OP del ITPyAJD, básicamente y, además, se dan una serie de requisitos.

Pero, en el supuesto del IVA (a diferencia de lo que ocurrió con el IGTE, durante casi toda su vigencia, con el que también era incompatible la cuota proporcional) donde también nos podemos encontrar con actos documentados, al no declararse la incompatibilidad con la modalidad AJD documentos notariales, cuota proporcional, se produce la duplicidad o sobreimposición, puesto que insistimos, no nos encontramos ante un impuesto de registro ni documental, que en cierta medida podría justificar su carácter complementario (en el sentido de distinto de la duplicidad o sobreimposición³⁰), sino con un impuesto que grava la hipoteca, lo que implica la

29. VILLARÍN LAGOS, M: op. cit, se decanta por no considerar esta modalidad como un tributo de registro, sobre todo porque no se exige la efectiva inscripción registral. En el mismo sentido, Acosta España: op. cit., Tomo VII.2°, pg. 1010: «Como es lógico, el primer planteamiento es el relativo así con esta configuración lo que se quería era introducir una especie de impuesto de registro. Sin embargo, la utilización del adjetivo *inscribible* alude, a nuestro parecer, a una condición previa que en el fondo acota y determina la clase de documentos afectados por este Impuesto. Han de ser conjuntamente inscribibles tanto el vehículo como el contenido. Un auto judicial puede ser inscribible por contener un acto que lo sea, pero no es un acto sujeto; una escritura, aunque exprese una voluntad contractual clara con un objeto que tenga el carácter de valuable, no por ello es inscribible, debiendo para ello atender a las normas correspondientes de la regulación de los citados Registros».

30. PÉREZ ROYO, F.: «Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados» en FERRERO LAPATZA, J. J.; MARTÍN QUERALTI, J.; CLAVIJO HERNÁNDEZ, F.; PÉREZ ROYO, F., y TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Curso de Derecho Tributario. Parte especial. Sistema tributario: Los Tributos en particular*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pg. ... que establece: «... éste tiene un carácter complementario de la imposición del tráfico». En el mismo sentido IGLESIAS CANICHE, S.: *El Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Estudio de su*

vulneración del principio de capacidad económica como igualdad, puesto que ante manifestaciones idénticas de capacidad económica, se tratan de forma desigual (las dos situaciones son los préstamos hipotecarios no empresariales y los préstamos hipotecarios empresariales³¹), además de afectar al principio de capacidad económica, por la superposición de impuestos arbitrariamente.

Sobre la equiparación de los impuestos que gravan transmisiones patrimoniales, sean en la esfera privada o en el ámbito empresarial, se puede consultar las distintas legislaciones autonómicas que utilizan la modalidad de Actos Jurídicos Documentados para atraer a su ámbito de recaudación operaciones que por el ejercicio del derecho de renuncia caerían de lleno en el ámbito del IVA, o cómo se modula la carga impositiva en función de determinados parámetros que nada tienen que ver con el hecho imponible, consistente en la primera copia de escritura pública de préstamos hipotecarios.

Así, a título de ejemplo, la Ley 13/2002, de 20 de diciembre (RCL 2003, 635), de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, que en su artículo 3 Dos regula los tipos de gravamen de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece «4. En las primeras copias de escrituras y actas notariales que documenten transmisiones de bienes inmuebles respecto de las cuales se haya renunciado a la exención contenida en el artículo 20.Dos, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre (RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401), del Impuesto sobre el Valor Añadido se aplicará el tipo de gravamen del 1,5 por 100».

La Ley 13/2003, de 23 de diciembre (RCL 2004, 242), de prórroga de determinadas medidas fiscales vigentes en la Comunidad de Madrid en 2003, mantiene la vigencia de este precepto durante 2004.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley 10/2002, de 21 de diciembre (RCL 2003, 145), por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y fi-

nancieras en su artículo 15 establece un tipo impositivo aplicable a las escrituras notariales que formalicen transmisiones de inmuebles en las que se realiza la renuncia a la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido, con el siguiente tenor:

«En las primeras copias de escrituras y actas notariales que documenten transmisiones de bienes inmuebles en las que se haya procedido a renunciar a la exención del Impuesto sobre el Valor Añadido, tal y como se prevé en el artículo 20.dos de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, el tipo de gravamen será del 2%».

VI. ANÁLISIS DE LA TRIBUTACIÓN ACTUAL DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS DESDE EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

Básicamente la postura argumental que presentamos es que la cuota proporcional en la modalidad de documentos notariales de Actos Jurídicos Documentados del ITPyAJD, en el caso concreto del presente estudio, préstamo hipotecario otorgado por una entidad bancaria, es un residuo histórico del antiguo Impuesto General sobre Tráfico de Empresas en nuestro actual sistema impositivo, que como impuesto sobre el volumen de negocios se tenía que haber eliminado, cuando se adoptó el Impuesto sobre el Valor Añadido, y que no se hizo así, con lo que se vulnera la Primera Directiva en materia de IVA, y, además, se produce una rotura del principio de neutralidad que debe presidir las relaciones en materia de IVA, puesto que la exención otorgada a los servicios financieros se ve truncada con el mantenimiento de este impuesto a nivel español³².

Es decir, se estaría vulnerando el Derecho comunitario derivado, en concreto la Primera Directiva del Consejo de 11 de abril de 1967, 67/227/CEE (LCEur 1967, 6), en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de los negocios, y en concreto su artículo 1, en relación con el artículo 33 de

hecho imponible. Monografías jurídicas. Marcial Pons, Madrid, 1999, pg. 183 cuando establece: «... se puede justificar la constitucionalidad de la cuota gradual al entender sujeta a gravamen una capacidad económica que excede, en los supuestos en que el acto o negocio se encuentra sujeto al IVA, de la imposición que este último impuesto realiza sobre esa realidad patrimonial concreta. Y ello porque la función complementaria a la que aludía aquel sector doctrinal consiste en la tributación por los especiales efectos que la fe pública notarial, manifestada en la correspondiente escritura o acta, ofrece al acto o negocio concreto y que supone un beneficio real y existente para el sujeto pasivo». El Tribunal Supremo ha asumido recientemente esta interpretación en la sentencia de 3 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8252) (recurso 544/1997) al afirmar: «el gravamen proporcional del IAJD, ... tampoco puede decirse que se "perciba" por el propio documento aisladamente considerado, si se tiene presente que, en razón de la formalización del acto o contrato, recae también sobre la operación en él reflejada. Por eso se trata de un gravamen en cierto modo complementario de la tributación sobre el tráfico patrimonial». Véase la bibliografía que se cita a favor de la constitucionalidad de esta modalidad.

31. Así lo establece OLIVER CUELLO, R.: *La tributación de las escrituras públicas de préstamos hipotecarios*. Colección de Jurisprudencia Práctica, Madrid, Tecnos, 1995, pg. 20.
32. Para la mayoría de la doctrina se considera que ambos impuestos son compatibles, así entre otros CERVELLÓ GRANDE, J. M.: «El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: sus relaciones internas y externas». Impuestos, 1985 (1), pgs. 241 y ss., que lo justifica por el hecho de que también se producía respecto del derogado IGTE, por lo menos desde la entrada en vigor del Texto Refundido de 30 de diciembre de 1980 (RCL 1981, 275, 651). En contra, la posición de la doctrina minoritaria, a la que me sumo, viene representada por MARAVER SÁNCHEZ, E.: «Aproximación a la incidencia del IAJD a las operaciones bancarias de préstamo y crédito formalizadas en escritura pública» CT, núm. 43, 1982, pg. 102, y MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J.: *Nueva Fiscalidad de los Actos Jurídicos Documentados*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1994, pgs. 54 y ss., que consideran que existe solapamiento de gravámenes, considerando este último autor como adecuado el tratamiento que se dispensaba de incompatibilidad entre IAJD e IGTE en el TR de 1967, para evitar la perniciosa duplicidad tributaria.

la Sexta Directiva del Consejo de 17 de mayo de 1977, 77/388/CEE (LCEur 1977, 138), en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de los negocios, cuando dispone que «Sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones comunitarias...», normativa aplicable como consecuencia del artículo 395 del Tratado de Adhesión del Reino de España, por un lado, y, por otro, el artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, Ley 37/1992, de 28 de diciembre (RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401), donde se establece la compatibilidad de este impuesto con la modalidad de Actos Jurídicos Documentados del ITPyAJD, y toda la regulación que se realiza sobre esta modalidad de Actos Jurídicos Documentados, cuota proporcional en los documentos notariales, en la legislación (Ley 32/1980, de 21 de junio [RCL 1980, 1455]) que regula el ITPyAJD³³.

Para iniciar el desarrollo de esta afirmación, partimos de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2001 [RJ 2001, 3301] que trató el tema de la compatibilidad de la cuota proporcional con el IVA, y que consideró perfectamente compatible basándose en los siguientes argumentos: en primer lugar, que se trata de un impuesto documental; en segundo lugar, que el sujeto pasivo es el prestatario, y, en tercer lugar, que no recae sobre el volumen de negocios porque no tiene en cuenta los ingresos que para la actividad empresarial del prestamista pueden derivarse del préstamo concertado.

Pues bien, se va a alegar que precisamente esta modalidad de Actos Jurídicos Documentados, por el hecho de no tratarse de un impuesto documental, por el hecho de tener como sujeto pasivo al prestamista, y en la cuantificación de la base imponible tenerse en cuenta los ingresos financieros que se obtienen con el préstamo, se debe conceptualizar como un impuesto sobre el volumen de negocios.

1. No es un impuesto documental

Me remito a lo ya comentado en páginas anteriores.

Entonces, si consideramos que la cuota proporcional tiene el mismo fundamento que la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, resulta que sería contrario al artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, cuando establece la incompatibilidad de este último impuesto con TPO. Y si consideramos que tiene el mismo fundamento que el IGTE, entonces sería incompatible con la Primera Directiva de IVA.

Es decir, como ya se decía por la doctrina tributa-

rista más antigua, resulta que el fundamento de la modalidad de TPO (antiguo Impuesto de Derechos Reales) y la modalidad AJD, cuota proporcional (parte del antiguo Impuesto de Timbre), es el mismo, de ahí que se declarasen incompatibles en el año 1964, regulación que también declaraba la incompatibilidad con el IGTE (mismo fundamento pero en el ámbito empresarial), de lo que resulta, entonces, que este impuesto (AJD en los documentos notariales, cuota proporcional) no es un impuesto documental ni de registro.

2. Sujeto pasivo: el prestamista

Me remito a lo ya comentado en nota 9 a pie de página 37 de este artículo.

3. Base imponible que tiene en cuenta los ingresos financieros que obtiene la entidad prestamista

Así claramente se establece ya por el artículo 30 del Texto Refundido, modificado por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, Ley 53/2002, de 30 de diciembre (RCL 2002, 3081 y RCL 2003, 933), y que ha entrado en vigor a partir de 1 de enero de 2003. Criterio normativo claro, pero que recoge el parecer de toda la doctrina administrativa y jurisprudencial, que aplicaba a la modalidad de AJD la cuantificación de la base imponible establecida para las hipotecas en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, del ITPyAJD³⁴.

«La base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos. Si no constare expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará como base el capital y tres años de intereses, el capital del préstamo más los intereses más otros conceptos».

Pues bien, de todo lo expuesto resulta que la cuota proporcional en los documentos notariales, en la modalidad de AJD del ITPyAJD se tiene que catalogar como un impuesto que grava el volumen de negocios (en concreto el volumen de negocio reducido a los servicios en que consisten los préstamos hipotecarios) de la entidad financieras, y que ello es contrario a la Primera y Sexta Directiva en materia de IVA, tanto desde el aspecto de no haberse derogado cuando se introdujo el IVA en España, como desde la quiebra del principio de exención de los servicios financieros que se regula en la Sexta Directiva, mediante la aplicación de un impuesto que recae sobre ese servicio, con lo que no se garantiza la neutralidad sea cual fuere el origen de la prestación de los servicios.

33. Véase al respecto DOCAVO ALBERTI, Luis: *Jurisprudencia tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sentencias, comentarios, referencias a la legislación española. Apéndice legislativo*. La Ley. Madrid, 1991. También CAAMAÑO ANIDO, M.A. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1992-1995)*. La Ley-Actualidad, Madrid, 1996. Misma obra de los autores, además de Martín Jiménez, hasta el año 2000.

34. La propia sentencia que comentamos establece: «ninguna contradicción existe entre el IAJD y el criterio general del artículo 31.1CE (RCL 1978, 2836), ya que, con abstracción de ser un tributo documental, su base imponible se fija en función de la cuantía del acto que se documenta, y tal cuantía siempre está en relación directa con la capacidad económica del sujeto pasivo».