

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo,
Sección 2.^a), de 13 de noviembre de 2015**
[ROJ: STS 4868/2015]

TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS DE LA HIPOTECA SOMETIDA A CONDICIÓN

El Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (IAJD) es una figura cuya mecánica no siempre es nítida, derivado, en parte, de la justificación misma de su existencia. Señala la STS de 4 de diciembre de 1997, para el caso de los documentos notariales, que la «finalidad del impuesto no es otra que gravar la especial garantía que el ordenamiento jurídico concede a determinados actos en razón de la forma notarial adoptada, ligada especialmente a la posibilidad de acceso a los Registros públicos, con los efectos que de ello se derivan». En realidad, esta última es la aparente justificación de una de las modalidades del IAJD por documentos notariales, modalidad por cuota variable o gravamen sobre el *negotium*. Existe otra modalidad, por cuota fija o gravamen sobre el *instrumentum* como tributo puramente documental, de concepto más próximo al de tasa, pues, como advierte VILLARÍN LAGOS, se dan todos los parámetros de las mismas, actividad del particular mediante la solicitud, actividad del funcionario público y beneficio para el particular (la fe pública notarial).

A pesar de que se intenta obviar, la modalidad por cuota variable o sobre el *negotium* no es más que otro gravamen sobre el tráfico jurídico, que puede superponerse con el IVA, aunque no con otras figuras como el Impuesto de Transmisiones Onerosas (ITPO), Operaciones Societarias (OS) e Impuesto sobre Donaciones y Sucesiones (ISyD), por expresa previsión de la Ley. Como simple apuntamiento, nos mostramos reticentes sobre la exacción de esta modalidad, pues manifestamos nuestras dudas sobre su correcta adecuación tanto con los principios de justicia tributaria del artículo 31 de la Constitución española (CE), como de su conveniencia económica, más si cabe en tiempos de crisis económica. He aquí la causa principal del dilema que tenemos entre manos. Al ser la cuota variable un tributo de justificación cuestionado, pueden darse situaciones de difícil respuesta, como la de la Sentencia que comentamos.

La dificultad también parte de una mala técnica legislativa, pues un mismo texto normativo, el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (a partir de este momento LITPyAJD), regula el tratamiento legal de dos impuestos a mayores del IAJD con sus varias modalidades (documentos administrativos, notariales y mercantiles) y submodalidades (por ejemplo, para el caso de los notariales entre cuota fija y variable): el ITPO y el OS. Lo cierto es que la regulación de todas las figuras tributarias no se hace con el debido cuidado, tal es

así que encontramos preceptos donde el intérprete jurídico debe descubrir para qué modalidad van referidos, pues la ley nada aclara al respecto.

Así sucede con el artículo 49 LITPyAJD, precepto objeto de la *litis* de la Sentencia del TS que comentamos, de 13 de noviembre de 2015. Dice éste:

1. El impuesto se devengará: a) En las transmisiones patrimoniales, el día en que se realice el acto o contrato gravado. b) En las operaciones societarias y actos jurídicos documentados, el día en que se formalice el acto sujeto a gravamen. 2. Toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la concurrencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquiera otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan.

¿El apartado segundo afecta a ambas letras (a y b) del numeral primero por igual?
¿La existencia de condiciones en los negocios jurídicos afecta tanto al ITPO como al IAJD?

El TS señala al respecto que el apartado segundo sólo tiene aplicabilidad sobre el ITPO, no sobre el IAJD. Para el TS al quedar sometido como gravamen la escritura que recoge un acto o contrato, y gravarse con ello el documento que formaliza el negocio y no el propio negocio, el IAJD es exigido desde la formalización del negocio en escritura pública, sin que la existencia de condiciones suspensivas influya al respecto. Así, lo indicado en el apartado segundo del artículo 49 LITPyAJD sólo es aplicable para el caso del ITPO.

El supuesto de hecho que subyace a la Sentencia es la constitución de escritura que documenta la concesión de un crédito garantizado con una hipoteca, la cual responde de una cantidad considerablemente inferior al importe del crédito concedido, pero que, con determinadas condiciones, responde del total del crédito, más intereses, gastos y costas.

Las operaciones de crédito ofertadas por una entidad financiera (empresario a efectos del IVA) están sujetas al IVA, si bien exentas (art. 20. Uno 18 de la Ley 37/1992 del IVA). La garantía hipotecaria sobre el préstamo sí estaría sujeta y no exenta del IAJD en su modalidad documentos notariales, cuota variable por la totalidad de lo garantizado: préstamo, intereses, comisiones, demora y gastos. Tal sujeción lo es al ser un negocio jurídico valuable e inscribible en el Registro de la Propiedad. Para el caso, la hipoteca sólo garantiza el total del préstamo si se dan determinadas circunstancias, que de no darse éstas cubrirá exclusivamente una parte. Sin embargo, estima el TS que, para el caso del IAJD, se realiza todo el hecho imponible desde la formalización de la hipoteca en escritura pública por la totalidad del préstamo garantizado. Las condiciones suspensivas, por tanto, no afectan al IAJD. El apartado 2 del artículo 49 de la LITPyAJD parece que sólo viene referido para el caso del ITPO. Pero entonces, ¿por qué el contenido de este apartado 2 no se integra en la letra a) de tal artículo, que sólo se refiere al devengo del ITPO?

Se trata sin duda de una interpretación posible, acorde con la justificación antedicha de que el IAJD grava la especial protección que el ordenamiento jurídico ofrece a determinados actos. Pero lo cierto es que esta justificación del impuesto siempre está en entredicho, considerando buena parte de la doctrina que, en realidad, la modalidad del IAJD que grava los documentos notariales por cuota variable es un impuesto que somete a gravamen el tráfico jurídico. En este sentido, aceptándose por la Dirección General de los Registros y del Notariado la hipoteca sometida a condición (Resoluciones de 2 y 3 de septiembre de 2005), la postura de la recurrente, intentando aplicar la condición suspensiva en el hecho imponible del IAJD, tampoco parece del todo irracional. La garantía no ampara desde el inicio el total del crédito, sino que se somete a condición.

Es cierto que admitir la condición suspensiva en el supuesto de hecho del IAJD puede derivar en prácticas elusivas por los contribuyentes para intentar esquivar este impuesto en su modalidad por cuota fija mediante tales acuerdos, pero lo cierto es que, si hubiera sido intención excluir la condicionalidad suspensiva en el hecho imponible del IAJD, así lo debiera haber fijado el legislador de forma expresa, y no como ha hecho, donde da pie a interpretaciones varias que pueden ser todas ellas razonables.

Marcos IGLESIAS CARIDAD

Doctor por la Universidad de Salamanca. Investigador del Programa de Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, adscrito al Área de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Salamanca

iglesiascaridad@usal.es