

# La tributación de las operaciones de constitución, ampliación y cancelación de préstamos hipotecarios en la cuota variable del impuesto sobre actos jurídicos documentados

por

JUAN CALVO VÉRGEZ

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.*

*Universidad de Extremadura.*

## SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.
- II. CONSTITUCIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.
- III. AMPLIACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.
- IV. CANCELACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

Como es sabido, a la hora de acometer la tributación de los llamados préstamos garantizados (ya sea a través de garantía personal o real) el legislador del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD) se refiere en el artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora del citado Impuesto (TRLITPyAJD) al denominado «tratamiento unitario del préstamo», disponiendo que «*la constitución de las fianzas y de los*

*derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo tributará exclusivamente por el concepto de préstamo».*

De las diversas clases de garantías susceptibles de constituirse en cumplimiento de las obligaciones que se originan en el contrato de préstamo, el artículo 15 del Texto Refundido hace referencia a la fianza, garantía personal por persona distinta del prestatario, así como a las garantías reales de prenda, anticresis e hipoteca, siendo sin lugar a dudas la más importante esta última.

La principal consecuencia de esta regulación parece clara: tiene lugar la tributación por un único concepto, el de préstamo, incluso en aquellos casos en los que se produce la concurrencia de dos convenciones (la del préstamo y la garantía), constituyendo esta la única excepción en la que quiebra el principio establecido en el artículo 4 del citado Texto Refundido en virtud del cual a una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho<sup>1</sup>. En efecto piénsese que, en ausencia del artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 tributarían, por un lado, la constitución de la fianza y de los derechos reales de garantía y, por otro, el contrato de préstamo, actos ambos sujetos al Impuesto de forma separada con arreglo al artículo 7.1.B) del Texto Refundido.

El contenido de este artículo 15 del Real Decreto Legislativo 1/1993 fue desarrollado a nivel reglamentario por el artículo 15 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RITPyAJD) que optó, sin embargo, por limitar su ámbito de aplicación, estableciendo que para que se produzca el citado tratamiento unitario del préstamo es necesario que la constitución de la garantía resulte simultánea a la concesión del préstamo o, en su caso, que en el otorgamiento de este último estuviese prevista la posterior constitución de la garantía.

Como seguramente se recordará el citado precepto fue objeto en su día de impugnación ante el Tribunal Supremo (TS) por la Asociación Española de la Banca Privada, argumentándose que la exigencia de que la constitución de la garantía fuese simultánea o estuviese prevista en la concesión contractual del préstamo resultaba contraria a la doctrina jurisprudencial elaborada a este respecto. Sin embargo el Alto Tribunal, a través de sendas sentencias de 3 de noviembre de 1997, se encargó de desestimar dichos recursos, argumentando

---

<sup>1</sup> Véanse, en este sentido, TEJERIZO LÓPEZ, J. M., «Los préstamos bancarios en escritura notarial y el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados», en *Crónica Tributaria*, núm. 44, 1983, págs. 155 a 158; SIMÓN ACOSTA, E., «El préstamo hipotecario en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados», en *Actualidad Tributaria*, núm. 379, 1999, págs. 15 y sigs. y, más recientemente, COLOMER FERRÁNDIZ, C., «Hacienda y las hipotecas», en *OL Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, núm. 19, 2009, págs. 19 y 20, y CALVO VÉRGEZ, J., «La tributación de los préstamos y empréstitos por la cuota gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados», en *OL Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, núm. 21, 2009, págs. 4 a 14.

que el precepto en cuestión respetaba la posición tradicionalmente defendida por el Tribunal al respecto, favorable a la simultaneidad, si bien entendida esta, no como unidad de acto o formalización en el mismo documento, sino en el sentido de que el documento contractual inicial de constitución del préstamo derive tanto del préstamo como de la garantía o, en su defecto, que la garantía se encuentre anunciada en la configuración de aquel.

Ya inicialmente declaró a este respecto el TS, en su sentencia de 2 de diciembre de 1971, que para que haya un solo acto liquidable es preciso que el préstamo y la garantía se pacten conjuntamente. Con posterioridad este mismo Tribunal afirmó, en sentencia de 30 de noviembre de 1977, que resulta admisible que la garantía se preste con posterioridad, en el caso de que la misma ya estuviera prevista en el título constitutivo del préstamo. Ese mismo año, a través de sentencia de 10 de febrero, tuvo oportunidad de precisar el Alto Tribunal que igualmente se admite la sustitución de la garantía por otra, si así se hubiese previsto en la escritura de constitución del préstamo. A juicio del Tribunal, «*el artículo 18 del Reglamento —se estaba refiriendo el Tribunal al antiguo Reglamento de 1981— utiliza la expresión “constitución de préstamos garantizados”, no pudiendo atribuirse a dicha frase otro significado que el de préstamos y garantías simultáneos o de garantías previstas en el propio documento de constitución de aquellos, por lo que no puede admitirse que el precepto transcrita haya incurrido en una extralimitación reglamentaria, sino que tan solo se ha limitado a interpretar, aclarar o completar lo dispuesto en el artículo 15.1 del TRLITPyAJD, siguiendo el criterio mantenido por la jurisprudencia, y sin que quepa pensar que el Reglamento condicione lo que la Ley considera incondicionado, sino que no hace más que evitar que se produzcan abusos o actuaciones (ostensiblemente no queridas por el legislador) destinadas a burlar el impuesto o a establecer auténticas ficciones».*

Más recientemente afirmó el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Baleares, en su sentencia de 28 de mayo de 2008, relativa a la tributación a efectos del ITPyAJD de una fianza incorporada en el pacto de subrogación de una hipoteca que, de conformidad con la doctrina del TS anteriormente analizada, para que se estime que existe un solo acto liquidable es preciso que el préstamo y la garantía se pacten conjuntamente. Ahora bien con independencia de lo anterior se admite la posibilidad de que la garantía pueda prestarse con posterioridad en el supuesto de que así estuviese previsto en el título constitutivo del préstamo. E igualmente resulta admisible la sustitución de la garantía por otra, si así se hubiese previsto en la escritura de constitución del préstamo<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Véase, igualmente a este respecto, la sentencia del TSJ de Canarias, de 22 de enero de 2009, relativa a la tributación de las operaciones de constitución de garantía posterior al préstamo, y en la que se analizaba un supuesto en el que la parte actora postulaba su nulidad, por considerar que las fianzas prestadas en las escrituras no estaban sujetas al

Añade además el TSJ de Baleares en el citado pronunciamiento que no cabe estimar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25.1 del Real Decreto 828/1995, se haya incurrido en una extralimitación reglamentaria, ya que dicho precepto se limita única y exclusivamente a interpretar, aclarar o completar lo dispuesto en el artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993. En efecto, el Reglamento del ITPyAJD no condiciona aquello que la Ley considera incondicionado, dado que tanto esta como aquel no ofrecen dudas de que los derechos de hipoteca y los demás derechos reales en garantía de un préstamo tributan exclusivamente por este último concepto. De este modo, en el supuesto de que la constitución de la fianza no resultase simultánea a la concesión del préstamo con garantía hipotecaria ni tampoco apareciese prevista en el mismo, la fianza constituida en garantía del préstamo tributaría como una transmisión patrimonial onerosa al tipo de gravamen del 1 por 100, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.1.b) del Real Decreto Legislativo 1/1993.

Por su parte el TSJ de la Comunidad Valenciana se encargó de recordar en su sentencia de 19 de febrero de 2009, al hilo de la tributación en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (IAJD) de aquellas operaciones en las que se produce la subrogación en un préstamo con garantía hipotecaria, además de fianza, y residiendo la cuestión de fondo en la existencia o no de hecho imponible y, por tanto, en la sujeción al IAJD de aquellas escrituras de compraventa con subrogación en un préstamo con garantía hipotecaria (además de fianza), que el préstamo garantizado con hipoteca ha sido siempre objeto de un tratamiento unitario, tal y como reconociese en su día el TS en su conocida sentencia de 25 de junio de 2001, no habiéndose sometido a gravamen en la imposición indirecta el préstamo y separadamente su garantía, la hipoteca, sino conjuntamente, pero por un solo hecho imponible, y no por dos. De este modo, si estamos ante una operación escriturada de compraventa con subrogación en el préstamo con garantía hipotecaria y constitución de fianza, produciéndose por el mecanismo de la subrogación los efectos propios de una novación contractual (con estable-

---

ITPyAJD en aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993. Como es sabido, el artículo 25.1 del Real Decreto 828/1995 introduce distinción que no está contemplada en el citado artículo 15 del TRLITPyAJD, por lo que debe ser interpretado conforme a lo dispuesto en la Ley atendiendo, no solo a la letra, sino al espíritu y finalidad. En las escrituras no existe superposición de garantías que constituya un *plus* gravado por el impuesto. Así las cosas estima el Tribunal en el citado pronunciamiento que no pueden compartirse las interpretaciones de la parte actora respecto de unos preceptos legales que regulan con claridad lo que quieren decir y que no admiten otro tipo de interpretación. Lo que el citado precepto exige es que en el otorgamiento del préstamo se encuentre prevista la posterior constitución de la garantía. Y, en el supuesto de autos, el otorgamiento del préstamo con garantía hipotecaria se produjo con anterioridad, no constando que en las escrituras estuviese prevista la constitución de una posterior garantía personal mediante fianza. De ello cabe deducir que la constitución de la posterior garantía personal mediante fianza en las escrituras públicas de compraventa, origen de la actuación administrativa, habrá de tributar por la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

cimiento simultáneo de garantías, manteniendo la hipotecaria por subrogación y constituyendo la fianza en el nuevo contrato de préstamo), existirá un solo hecho imponible gravado de forma unitaria como un préstamo, sujeto a ITPyAJD (Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas), pero en modo alguno tributará por el Impuesto que pretendían las Administraciones demandadas, ya que se cumple la condición de simultaneidad en la concesión del préstamo y en la constitución de garantías impuesta por el artículo 25 del Reglamento del Impuesto, reforzando con ello la posición del acreedor, y siendo indiferente a tales efectos que la fianza se constituyera con posterioridad al préstamo, ya que la subrogación producida en la misma escritura de compraventa supone una novación a todos los efectos, dándose la simultaneidad de préstamo y garantías<sup>3</sup>.

Con posterioridad, mediante sentencia de 5 de marzo de 2010, volvería el TSJ de la Comunidad Valenciana a referirse al régimen tributario al que quedan sujetas estas operaciones de subrogación de hipoteca y fianza. En el presente caso, el recurso interpuesto al efecto planteaba una controversia en orden a la calificación, a efectos del ITPyAJD, de la constitución de una fianza en garantía de un préstamo hipotecario concedido por una Caja de Ahorros con motivo de la subrogación del adquiriente/comparador de un bien inmueble en el préstamo pendiente del transmitente.

La controversia suscitada giraba en torno a la interpretación que había de otorgarse al artículo 25.1 del Real Decreto 828/1995, de 26 de mayo, debiendo ligarse a los hechos acaecidos, por los que se contemplaba un supuesto de constitución de fianza en la misma escritura de compraventa y subrogación de los compradores en un préstamo hipotecario anterior, de manera que el préstamo y su devolución por quien se subrogaba la parte compradora se había asegurado con dos garantías distintas, por la hipoteca y por la fianza, reforzando doblemente la confianza del acreedor, por lo que resultaba de aplicación lo previsto

---

<sup>3</sup> Véase, igualmente a este respecto, la sentencia del TSJ de Aragón, de 20 de abril de 2009, relativa a la tributación en el IAJD de aquellas operaciones de constitución de fianza en un momento posterior al préstamo, y en la que el Tribunal rechazó la tesis en virtud de la cual, con base en la literalidad del artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, se pretenda la improcedencia de la liquidación por el mismo con ocasión de fianza constituida en garantía del préstamo hipotecario, que solo debería tributar por este último, considerando lo dispuesto en artículo 25.1 del Reglamento del Impuesto como una extralimitación respecto del texto legal. En opinión del Tribunal, dicha argumentación ha de rechazarse por haberse constituido la fianza en un momento posterior al préstamo y tener por objeto garantizar obligaciones contraídas por un prestatario distinto e, incluso, respecto de obligaciones diferentes a las del primer prestatario hipotecario (en el supuesto de autos analizado, la entidad mercantil vendedora de la vivienda). Por su parte, el TSJ de La Rioja, a través de su sentencia de 3 de julio de 2009, relativa a la tributación, a efectos del ITPyAJD, del otorgamiento de una fianza constituida simultáneamente con una ampliación de préstamo y que, de conformidad con sus propios términos, alcanza únicamente a la ampliación del préstamo, pero no a la totalidad del mismo, volvió a precisar que en dichos casos únicamente procede la declaración de sujeción de la ampliación del préstamo, y no la relativa a la ampliación de la fianza.

en el artículo 15.1 del Texto Refundido de 1991, de conformidad con el cual la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo.

Pues bien, a juicio del Tribunal, se trataba de un supuesto de constitución de dos garantías distintas en relación con un crédito, formalizadas en unidad de acto en la escritura correspondiente, en la que la compradora se subroga en la garantía hipotecaria, al propio tiempo que se constituye una fianza para garantizar dicho crédito. De tal forma que esta segunda garantía se derivaría sin ninguna duda del documento contractual novado de préstamo, conforme ha venido exigiendo la doctrina jurisprudencial, con la lógica consecuencia de que no surgirá la obligación de tributar nuevamente por este afianzamiento, dado que ya se tributó por el préstamo al que garantiza.

Por su parte el TSJ de Cataluña se encargó de precisar, en su sentencia de 14 de octubre de 2010 que, dada una constitución de fianza mediante escritura de compraventa en la que los compradores se subrogan en un préstamo hipotecario anterior, resulta improcedente la sujeción de la citada operación al ITPyAJD, debiendo reconocerse la tributación por el concepto de préstamo de la constitución de fianza en garantía de un préstamo, y no admitiéndose la aplicación del artículo 25.1 del RITPyAJD, a pesar de no ser la constitución de la garantía simultánea con la concesión del préstamo, al no haberse pretendido burlar el pago del Impuesto.

Mediante sentencia de 7 de octubre de 2010 el TSJ de Madrid se refirió a la tributación a la que quedan sujetas las operaciones de anticresis, declarando que debía confirmarse la resolución impugnada, ya que en la escritura realizada al efecto, con independencia de la calificación efectuada por las partes, se constituyó un derecho real de anticresis, siendo en consecuencia aquella susceptible de liquidarse por la Modalidad de AJD. Y, a tal efecto, resulta decisivo de cara a poder concluir la verdadera naturaleza de la anticresis del negocio celebrado y no de prenda la exigencia de que esta deba recaer sobre cosas muebles, lo que no sucedía en el concreto supuesto analizado, en el que claramente se percibían frutos (rentas o alquileres) de determinados locales comerciales (frutos civiles), recayendo en consecuencia sobre bienes inmuebles.

Por otro lado, conviene tener presente a este respecto que el artículo 21 del Reglamento Hipotecario (RH) no prevé que no resulte inscribible la anticresis, sino que precisa para ello la determinación de la cantidad de la que cada finca deba responder, teniendo en cuenta a tal efecto que dicha distribución podrá llevarse a cabo, no ya solo en el tributo inscribible, sino también en otro documento público o en una solicitud dirigida al registrador, de manera tal que, como se afirmaba en el concreto supuesto analizado por la parte demandada, tal distribución pudiera llevarse a cabo en el instante de la propia inscripción.

¿Cuáles son los requisitos necesarios para la sujeción a gravamen por el ITPyAJD de los contratos de fianza? Tal y como señaló la Dirección General

de Tributos (DGT) en su contestación a la Consulta de 22 de mayo de 2009, para determinar la tributación de la constitución de una fianza debe atenderse a la condición de quien otorgue el contrato de fianza. Así, si este es empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, dicha operación constituirá una prestación de servicios sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). En cambio, si no concurren ambos requisitos, la operación estará, en principio, sujeta a la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) del ITPyAJD.

Refiriéndose a la constitución de la fianza sujeta al ITPyAJD en garantía de un préstamo precisó el citado Centro Directivo que dicha operación tributará exclusivamente por el concepto de préstamo («tratamiento unitario del préstamo») siempre que la constitución de la fianza sea simultánea con la concesión del préstamo o, al menos, que en su otorgamiento esté prevista la posterior constitución de la fianza. A este respecto no es suficiente la previsión de la mera posibilidad de que se constituya la fianza. Por el contrario, la fianza que se constituya sin la concurrencia de los requisitos anteriores (en garantía de un préstamo y simultáneamente o prevista necesariamente en la constitución del préstamo) estará sujeta a la Modalidad de TPO del ITPyAJD. Y, de cara a la determinación de la base imponible de la fianza sujeta a la Modalidad de TPO, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10.2.j) del Real Decreto Legislativo 1/1993, estará constituida por «el capital de la obligación» o «importe afianzado», entendiendo por tal el montante total que, de acuerdo con las normas de Derecho Civil que resulten aplicables, el fiador garantiza mediante el contrato de fianza. Téngase presente además que, de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad que rige en nuestro Derecho Privado, para la determinación en cada caso concreto de la base imponible de un préstamo asegurado con fianza deberá atenderse a lo convenido por las partes en el contrato de fianza en cuestión, a fin de determinar el importe total que efectivamente queda garantizado con la fianza.

Mediante sentencia de 10 de diciembre de 2009 procedió el TS a precisar el alcance de la no sujeción de las operaciones realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional en relación con la constitución de fianzas. Concretamente la cuestión planteada radicaba en concretar si una fianza prestada fue realizada a título particular o en calidad de empresario y en desarrollo de una actividad, lo que determinaría la sujeción de la operación al IVA o al ITP.

Inicialmente la sentencia recurrida consideró que el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales devengado tenía por sujeto pasivo a la entidad recurrente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8.e) del Real Decreto Legislativo 1/1993, por lo que habría de ser a ella a la que se hubiera de exigir la concurrencia de las operaciones no sujetas a que se refiere el artículo 7.5 del citado Texto Refundido, de conformidad con el cual no están sujetas a la Modalidad

de «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» las operaciones que se consideran transmisiones patrimoniales en el artículo 7 de la Ley (entre ellas la constitución de fianzas), cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. Y, a tal efecto, se estimaba que el afianzamiento en garantía de operaciones de crédito propias del sector bancario, al que pertenecía la entidad recurrente, constituye una actividad propia de su círculo o tráfico jurídico económico.

Ya en su día el TS, a través de su sentencia de 3 de noviembre de 1997, determinó con claridad que el artículo 25 del Reglamento del ITPyAJD es perfectamente válido y lo que hace es interpretar, aclarar y completar lo previsto en el artículo 15 de la Ley del Impuesto para evitar *«abusos o actuaciones (ostensiblemente no queridas por el legislador) destinadas a burlar el impuesto o a establecer auténticas ficciones»*. Dicho precepto exige que en el otorgamiento del préstamo estuviese prevista la posterior constitución de la garantía, lo que en el supuesto de autos analizado por el Tribunal no quedó acreditado, con independencia de que no exista préstamo previo alguno. De todo ello cabe deducir que la constitución de la garantía personal mediante el afianzamiento referido ha de tributar por la Modalidad de TPO, al no referirse al supuesto expresamente regulado en el artículo 25.

*A priori* la operación en cuestión parece que habría de tributar según lo previsto en el artículo 7.1 del Texto Refundido del Impuesto, en relación con el tipo establecido en el artículo 11, sin que sea aplicable el artículo 7.5 de la misma norma por cuanto el fiador no es empresario o profesional que realice la operación de afianzamiento en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, ya que efectúa esta operación en nombre propio y en el mismo documento en el que también interviene en nombre y representación de otras dos entidades, la avalada por la recurrente y la que constituye la prenda a favor de la recurrente, lo que acredita que su intervención no lo es por razón de su actividad profesional o empresarial.

Sin embargo, a juicio del TS, lo que se debía tener en cuenta no era la cualidad no profesional o empresarial del fiador, sino la del sujeto pasivo del impuesto. En este sentido, ya en su sentencia de 18 de enero de 1996, declaró el Alto Tribunal que: *«(...) Como el artículo 4.<sup>º</sup> de dicha Ley dispone que “estarán obligados al pago del Impuesto, a título de contribuyente, y cualquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: a) En las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiera...”, se deduce que si ponemos en relación ambos preceptos [el art. 3.<sup>º</sup>, apartado 5 y el art. 4.<sup>º</sup>, letra c)], habrá de concluirse que (...) el adquirente de los objetos de oro, plata, platino y de joyería, sería en principio el sujeto pasivo del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (art. 4.<sup>º</sup>, letra b), pero como es empresario*

*y dicha actividad constituye acto típico y habitual de su tráfico mercantil, le es de aplicación la norma de no sujeción (el art. 3.º, apartado 5 establece que: “no estarán sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, las entregas de bienes, las prestaciones de servicios y, en general, las operaciones que constituyan actos habituales del tráfico de las empresas o explotaciones que las efectúen, ya sean industriales, comerciales, agrarias, forestales, ganaderas o mixtas, salvo las entregas o transmisiones y los arrendamientos de bienes inmuebles rústicos o de terrenos sin urbanizar”), por lo que es indubitable que no tributa por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales».*

Esto es precisamente lo que parecía suceder en el supuesto de autos analizado por el TS. En dicho caso el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, tenía por sujeto pasivo a la entidad recurrente, de acuerdo con el artículo 8.e) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de manera que habría de ser a ella a la que se exigiese la concurrencia de las operaciones no sujetas comprendidas en el artículo 7.5 de la misma norma, conforme al cual, no estarán sujetas a la Modalidad de «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» las operaciones, entre otras de constitución de fianzas, cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. Y no cabe duda que el afianzamiento en garantía de operaciones de crédito propias del sector bancario, al que pertenecía la recurrente, constituye una actividad propia de su círculo o tráfico jurídico económico.

Al hilo del recurso de casación interpuesto señaló de entrada el TS que el supuesto presentado no constituía un caso aislado o de muy difícil repetición; antes al contrario: constituía una operación habitual y típica del tráfico jurídico —los afianzamientos—, de constante repetición, como lo demuestra el hecho de que la fianza constituya uno de los negocios jurídicos objeto de regulación específica y extensa tanto en el ámbito civil como en el mercantil. Hay pues que evitar, a juicio del TS, el riesgo manifiesto de que la doctrina contenida en la sentencia recurrida y que se considera errónea, se generalice. Así las cosas lo que trataba de conseguir en este caso el Tribunal Supremo era, sin alterar la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, fijar la doctrina legal que en el futuro hubiera de aplicarse a otros supuestos equivalentes que se presenten.

En principio, como se ha indicado, la sentencia recurrida ante el TS y que dio lugar al presente pronunciamiento consideró que el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales devengado tenía por sujeto pasivo a la entidad recurrente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8.e) del TRLITPyAJD, de manera que habría de ser a ella a la que se debe exigir la concurrencia de las operaciones no sujetas a que se refiere el artículo 7.5 de la misma Ley, conforme al cual no estarán sujetas a la Modalidad de Transmisiones Patrimo-

niales Onerosas las operaciones que se consideran transmisiones patrimoniales en el artículo 7 de la Ley —entre ellas la constitución de fianzas— cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al IVA.

En la sentencia recurrida se señaló que no existía duda de que el afianzamiento en garantía de operaciones de crédito propias del sector bancario al que, como ya se ha indicado, pertenecía la entidad recurrente, constituye una actividad propia de su círculo o tráfico jurídico económico. Ahora bien en el concreto supuesto analizado el afianzamiento había sido otorgado por un particular, no constando que actuara en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional, a favor de la entidad financiera que, como acreedor afianzado, era el sujeto pasivo obligado al pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP) a título de contribuyente (art. 8.e), no el constituyente de la fianza. Y, tal y como afirma el Tribunal, cuando la fianza no simultánea a la constitución del préstamo la constituya una persona física que no sea empresario o profesional en desarrollo de su actividad, la operación efectuada habrá de quedar gravada por la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.1.b) del Texto Refundido de la Ley del ITP. Así las cosas se suscita la cuestión relativa a si la fianza prestada se realizó a título particular o en su calidad de empresario y en desarrollo de su actividad, lo que determinaría la sujeción al ITP o al IVA.

Como es sabido, el artículo 7.5 del Texto Refundido 1/1993 refiere la no sujeción al ITP al supuesto de que la constitución de fianzas sea realizada por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, sin tener en consideración quien sea el sujeto pasivo del tributo. La sentencia recurrida parecía recoger esta doctrina cuando afirmaba que la operación en cuestión debía tributar, en principio, según lo previsto en el artículo 7.1 del Texto Refundido del Impuesto, sin que fuese aplicable el artículo 7.5 de la misma norma por cuanto al fiador no es empresario o profesional que realice la operación de afianzamiento en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, ya que efectúa esta operación en nombre propio y en el mismo documento en el que también interviene en nombre y representación de otras dos entidades, lo que acreditaría que su intervención no lo es por razón de su actividad profesional o empresarial.

Sin embargo, a juicio del TS, dicha sentencia recurrida estimaba, erróneamente, que lo que se debía tener en cuenta no era la cualidad no profesional o empresarial del fiador o constituyente de la fianza, sino la del sujeto pasivo del ITP. Y es que, tal y como concluyó el TS a través de la citada sentencia, para poder determinar la tributación de la constitución de una fianza no simultánea a la constitución de un préstamo debe atenderse a la condición de quien otorgue el contrato de fianza. Si este es empresario o profesional en el ejercicio de su

actividad empresarial o profesional, dicha operación constituirá una prestación de servicios sujeta al IVA. En cambio, si no concurren ambos requisitos, la operación estará, en principio, sujeta a la Modalidad de TPO del ITPyAJD. De este modo, cuando la operación que se realice sea la de constitución de una fianza y esta haya sido constituida por un particular, no por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, no estaremos en el caso de no sujeción contemplado en el artículo 7.5 del Texto Refundido de la Ley del ITP. Téngase presente que el artículo 7.5 del citado Texto Refundido subordina la no sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales a la condición de empresario o profesional de quien constituye una fianza y no a la del sujeto pasivo del ITP como acreedor afianzado por tal operación.

En resumen, la cuestión planteada en la sentencia del TS, de 10 de diciembre de 2009, radicaba en concretar si una fianza prestada se realizó a título particular o en calidad de empresario y en desarrollo de una actividad, lo que determinaría la sujeción al ITP o al IVA. Tal y como se ha indicado la sentencia recurrida consideró que el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales devengado tiene por sujeto pasivo a una entidad, que era la recurrente, por lo que habría de ser a ella a la que se debería exigir la concurrencia de las operaciones no sujetas a que se refiere el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/1993.

La condición de empresario o profesional determinante de la no sujeción ha de predicarse de quien constituye la fianza (el afianzado), y no del sujeto pasivo del Impuesto. Y, tratándose de un supuesto de afianzamiento en garantía de operaciones de crédito propias del sector bancario, resultará de aplicación el Impuesto cuando el constituyente de la fianza lo sea un particular. En cambio la operación realizada quedará no sujeta a gravamen cuando la constitución de la fianza sea realizada por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

De este modo, para determinar la tributación de la constitución de una fianza no simultánea a la constitución de un préstamo debe atenderse a la condición de quien otorgue el contrato de fianza: si este es empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, dicha operación constituirá una prestación de servicios sujeta al IVA; y si no concurren ambos requisitos, la operación estará, en principio, sujeta a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD.

Por tanto el artículo 7.5 del TRLITPyAJD vincula la no sujeción al Impuesto a la condición de empresario o profesional de quien constituye una fianza y no a la del sujeto pasivo del Impuesto por tal operación. De cara a determinar la tributación de la constitución de una fianza no simultánea a la constitución de un préstamo habrá de atenderse a la condición de quien otorgue el contrato de fianza. Tratándose de un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, la operación constituiría una prestación de servicios sujeta a IVA. Y en el hipotético caso de que no concurriesen ambos requisitos la

operación quedaría sujeta, en principio, a la Modalidad de TPO. Adicionalmente, cuando la operación que se realice sea la de constitución de una fianza y esta haya sido constituida por un particular y no por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, no estaríamos en presencia del supuesto de no sujeción contemplado en el precepto anteriormente citado, de manera que la doctrina legal correcta será la de que este se subordina la no sujeción del Impuesto a la condición de empresario o profesional de quien constituye una fianza, y no a la del sujeto pasivo del Impuesto como acreedor afianzado por tal operación.

Ya con anterioridad se había encargado de precisar a este respecto el TSJ de Aragón, en su sentencia de 21 de mayo de 2009, a través de la cual se analizaba un supuesto en el que el recurrente consideraba que existía simultaneidad entre la fianza constituida en garantía de un préstamo hipotecario y en consecuencia, estaría exenta del ITP, que dicha fianza se constituyó en un momento posterior al préstamo, ya que tenía por objeto garantizar obligaciones contraídas por un prestatario distinto e, incluso, respecto de obligaciones diferentes a las del primer prestatario hipotecario (la entidad mercantil vendedora de unos inmuebles). Existía por tanto un préstamo hipotecario constituido entre una entidad financiera y las distintas entidades vendedoras de los inmuebles, sin previsión alguna de constitución de ulterior fianza en aquel, en cuyo préstamo se subrogaban los compradores de los inmuebles y, para garantizar sus obligaciones nacidas de dicha subrogación, se constituyan los afianzamientos posteriores, a pesar de que se documentasen en la misma escritura de compraventa. Así las cosas concluyó el Tribunal que la operación de afianzamiento, independiente de la garantía real hipotecaria, constituía una obligación accesoria de otra principal, como es el préstamo del que habría de responder el deudor que cuando el afianzamiento, como aquí ocurría, lo que garantiza en definitiva es la propia solvencia del deudor, dicha garantía a efectos tributarios, no queda subsumida en el negocio o contrato principal (el préstamo) ostentando plena autonomía o independencia fiscal<sup>4</sup>.

Este mismo Tribunal, en su sentencia de 16 de septiembre de 2009, volvió a reiterar, refiriéndose a la tributación de aquellas operaciones consistentes en la constitución de afianzamientos posteriores, a pesar de que se hubiesen documentado en la misma escritura de compraventa, que un préstamo hipotecario constituido entre una entidad financiera y las distintas entidades vendedoras de los inmuebles, sin previsión alguna de constitución de ulterior fianza en

---

<sup>4</sup> Véase, igualmente a este respecto, la sentencia del TSJ de Madrid, de 30 de noviembre de 2009, en la que se señaló que, tratándose de una operación de constitución de fianza por dos personas físicas actuando en nombre propio en garantía de la cesión de un contrato de *leasing*, en tanto en cuanto dicha operación no ha sido realizada en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional, la sujeción de dicha operación al ITP resulta procedente.

aquel, en cuyo préstamo se subrogan los compradores de los inmuebles y en el que, para garantizar sus obligaciones nacidas de dicha subrogación, se constituyen los afianzamientos posteriores, aunque se documenten en la misma estructura de compraventa, representa una fianza constituida por particulares a favor de la entidad recurrente. Y cuando el afianzamiento, como aquí sucedía, lo que garantiza en definitiva es la propia solvencia del deudor, dicha garantía a efectos tributarios, no queda subsumida en el negocio o contrato principal —entendemos el préstamo— ostentando plena autonomía o independencia fiscal<sup>5</sup>.

Mediante sentencia de 4 de noviembre de 2010 analizó el TSJ de Madrid una operación en la que no concurrían los requisitos de constitución simultá-

---

<sup>5</sup> Recuérdese además, a este respecto, que en las operaciones de constitución de la fianza adquiere la condición de sujeto pasivo el acreedor afianzado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.1 del Texto Refundido, que añade además que la operación de afianzamiento, independiente de la garantía real hipotecaria, «es una obligación accesoria de otra principal, el préstamo del que ha de responder el deudor (...).» A la tributación de una operación de constitución de aval con posterioridad al préstamo se refirió la DGT en su Resolución de 26 de mayo de 2010, señalando el citado Centro Directivo que en dicha operación procedería diferenciar dos supuestos. En primer lugar, si el sujeto que constituye el aval, será un sujeto pasivo del Impuesto sobre el Valor Añadido en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, constituyendo la operación una prestación de servicios sujeta al citado Impuesto. Así las cosas habrá que determinar en cada caso concreto si el fiador ostenta la condición de empresario o profesional y si dicho contrato se ha realizado en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional. Concurriendo ambos requisitos, de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 37/1992, la operación quedará sujeta a este impuesto. No obstante, la constitución de fianzas sujetas al IVA está exenta de dicho Impuesto, en virtud de lo previsto en el artículo 20.Uno.18.f) de la Ley 37/1992. Y, en segundo término, si la constitución del aval se produce por parte de un particular, la operación no estará sujeta al IVA, al no tratarse de un empresario o profesional, en este caso, el artículo 7 del Texto Refundido del ITP y AJD dispone que resultará sujeto a este impuesto. En el concreto supuesto planteado a la DGT el aval no se constituyó simultáneamente con el préstamo hipotecario, sino en un momento posterior, sin que, al parecer, su otorgamiento estuviera previsto en el préstamo al que garantiza. Por tanto el aval sobre el que se consultaba, constituido con posterioridad a la constitución del préstamo hipotecario, estará sujeta a la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, ya que no resulta aplicable la llamada regla del «tratamiento unitario del préstamo», siendo el sujeto pasivo el acreedor afianzado tal y como se establece en el artículo 8 del Texto Refundido del ITPyAJD, siendo sujeto pasivo del Impuesto la entidad financiera que exige el aval. Y por lo que respecta a la base imponible del aval constituido, vendrá determinada por el importe de la obligación garantizada, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otro concepto análogo. Y si no constare expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará por base el capital y tres años de intereses. En el caso de la sentencia del TSJ de La Rioja, de 15 de junio de 2010, se analizó un supuesto en el que, tratándose de una escritura de ampliación y de modificación de préstamo hipotecario, se concedió por el banco un préstamo que aumentaba el crédito inicial, resultando posible aludir a la existencia de una simultaneidad en la concesión de la fianza y en la ampliación del crédito, y procediendo la exclusión de gravamen en la cuantía ampliada pero no en la parte en la que se afianza el préstamo original pendiente de amortizar.

nea del préstamo y su garantía, debido a que en el contrato de préstamo no existía previsión alguna al respecto, y cuando se pactó la fianza se trataba de una convención posterior por la que se amplió el préstamo y la hipoteca. De conformidad con lo declarado por el Tribunal la base imponible habrá de quedar integrada por las cantidades de las que responda el fiador, esto es, por el importe de la responsabilidad hipotecaria total. Y, produciéndose una ampliación del préstamo y de la garantía hipotecaria que lo garantiza con la constitución de fianza por un tercero, la sujeción de la citada operación a gravamen resulta procedente, quedando integrada la base imponible por la cantidad total por la que responde el fiador, que coincidirá con la responsabilidad hipotecaria total.

Por su parte, la DGT, refiriéndose al régimen fiscal aplicable a estas operaciones de subrogación y fianza, declaró en su contestación a la Consulta de 20 de mayo de 2010, que cabe diferenciar la existencia de dos convenciones en la escritura de que se trate, a saber, la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario que tenía concedido el promotor y la constitución de una fianza de sus padres a favor de la entidad financiera.

En relación con la primera de ellas, la subrogación del préstamo, señaló la DGT que si se produjese la subrogación del adquirente en la posición del vendedor y en la obligación de devolución del crédito garantizado con hipoteca habría de estimarse que la subrogación, al no producir inscripción distinta de la que origina la propia transmisión del inmueble, no verificaría los requisitos del artículo 31.2 TRLITPAJD y, por lo tanto, no estaría sujeta al gravamen gradual de actos jurídicos documentados. Y, por lo que respecta a la constitución de aval, en el supuesto objeto de consulta la fianza no se constituyó simultáneamente con el préstamo hipotecario, sino en un momento posterior, con ocasión de su subrogación. Concretamente en el supuesto planteado no se indicaba que en su otorgamiento estuviera prevista la constitución de la fianza. Es más, de las manifestaciones de la consultante se deducía que la exigencia de la fianza era claramente posterior a la constitución del préstamo hipotecario, ya que es una condición exigida para dar el consentimiento a la subrogación. Así las cosas la fianza analizada, constituida con posterioridad a la constitución del préstamo hipotecario, debía quedar sujeta a la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, ya que no resultaba aplicable la llamada regla del «tratamiento unitario del préstamo». Y, respecto a esta última operación, cabe precisar que el sujeto pasivo lo sería el acreedor afianzado, tal y como establece el artículo 8 del Texto Refundido del ITPyAJD. Por lo tanto, sería sujeto pasivo del Impuesto la entidad financiera que exigiese el afianzamiento.

¿Cómo habría de tributar una operación consistente en la sustitución de aval por depósito en metálico a nombre de los acreedores? A tenor de lo señalado por la DGT en su contestación a la Consulta de 7 de junio de 2010, por lo que respecta en primer término a la cancelación del aval, al ser realizada por una entidad empresarial en el ámbito de su actividad, constituye una operación

sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, si bien al ser de carácter financiero, estará exenta del mismo (art. 20.uno.18.<sup>º</sup> de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del citado Impuesto), sin que cumpla con los requisitos exigidos para quedar sujeta a la cuota gradual de Documentos Notariales de la Modalidad de AJD del ITPyAJD. Y, por lo que respecta a la constitución del depósito por una entidad empresarial en una entidad financiera a nombre de los acreedores, estima la DGT que dicha operación constituye un negocio, asimismo, sujeto pero exento de IVA, por realizarse por una empresa en desarrollo de su actividad y la previsión de exención de las operaciones financieras en la normativa del IVA (art. 20.uno.18.<sup>º</sup> de la Ley 37/1992). De este modo, tampoco en este último supuesto cabría exigir la cuota gradual de Documentos Notariales antes citada. Ahora bien, al ponerse el depósito a nombre de los acreedores y ser dinero en metálico, es decir, tratándose de un bien fungible, las citadas personas harán suyo el dinero puesto a su nombre, por lo que aumentarán su patrimonio en dichas cantidades, aunque asumirían la obligación de devolución correlativa entre sus obligaciones, y los rendimientos de ese capital habrían de ser declarados en su Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).

¿Qué régimen sigue la aplicación de la cuota variable del IAJD a la figura de los préstamos? De cara a poder analizar adecuadamente esta cuestión parece claro que habremos de tener presente las distintas etapas que se originan en el ámbito de los préstamos hipotecarios (constitución, ampliación y extinción del préstamo o cancelación de la garantía).

A la tributación de estas operaciones de fianza se refirió igualmente la DGT en su Resolución de 25 de junio de 2009. La figura planteada en dicha consulta se contempla en el artículo 1882 del Código Civil, de conformidad con el cual: «*Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo este*». Pues bien tales fianzas constituyen hecho imponible del ITPyAJD por la primera de las Modalidades del Impuesto, Transmisiones Patrimoniales Onerosas, según la enumeración del artículo 7.1.B) del Texto Refundido del citado Impuesto, en la que se incluye expresamente, y sin que puedan quedar excluidas de su ámbito conforme al apartado 5 del citado artículo 7, al no tratarse de fianzas prestadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional. Por otro lado dichas fianzas no constituyen, en ningún caso, hecho imponible de la Modalidad Documentos Notariales de Actos Jurídicos Documentados, al no cumplir varios de los requisitos exigidos en el artículo 31.2, a saber: no ser inscribible en el Registro de la Propiedad, dada su naturaleza obligacional y no real; y no estar sujeta a ninguna de las otras dos Modalidades del Impuesto (Transmisiones Patrimoniales Onerosas u Operaciones Societarias), constituyendo hecho imponible de la primera de ellas.

En consecuencia, como hecho imponible de la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (art. 7.1.B), la fianza tributará al tipo del 1 por 100 a que se refiere el artículo 11.1 b) del Texto Refundido, sobre una base imponi-

ble del importe garantizado y, conforme a lo dispuesto en su artículo 8.e), será sujeto pasivo el acreedor afianzado, es decir, la entidad financiera. Adicionalmente pone de manifiesto la DGT la inaplicabilidad de la exención prevista en el artículo 45.I.B).12 del Real Decreto Legislativo 1/1993 que, conforme al artículo 14.1 de la LGT, no puede aplicarse más allá de sus términos estrictos, sin que en dicho precepto se haga referencia a la operación objeto de consulta.

## II. CONSTITUCIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Sin lugar a dudas, el principal aspecto a considerar en relación con este primer supuesto objeto de nuestro análisis lo será la condición que ostente el concedente del préstamo, según se trate o no de un sujeto pasivo del IVA. Y ello debido a que será tal condición la que determine el régimen de tributación de la operación de que se trate. En efecto, la condición del prestamista determinará la tributación del préstamo en el IVA o en la Modalidad de TPO del ITPyAJD (si bien en ambos casos ha de quedar claro que la constitución del préstamo estará exenta)<sup>6</sup>, así como la procedencia o no de cuota gradual en el IAJD, incompatible como es sabido con las restantes modalidades del Impuesto.

Tal y como tuvo oportunidad de precisar la DGT, entre otras, en contestación a la Consulta de 11 de noviembre de 1994, de cara a determinar la tributación de los préstamos habremos de distinguir según se trate de un préstamo concedido por un particular o por un sujeto pasivo del IVA.

Siendo el préstamo concedido por un particular no sujeto pasivo del IVA, la operación en cuestión quedará sujeta al ITPyAJD y, más precisamente, a su Modalidad de TPO, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.1.B) del Texto Refundido, procediendo además, al amparo de lo establecido en su artículo 15.1, una única liquidación por el concepto de préstamo, y no originándose liquidación alguna por la constitución del derecho real de hipoteca<sup>7</sup>. Tal y como precisa el

---

<sup>6</sup> Véase, a este respecto, la contestación de la DGT a la Consulta de 24 de mayo de 2010, de conformidad con la cual la constitución de un préstamo por un particular, con o sin interés, constituye una operación sujeta a la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Sin embargo, los citados préstamos están exentos de dicha Modalidad, en virtud de lo previsto en el citado artículo 45.I.B).15, por lo que no cabe practicar liquidación por dicho concepto. No obstante, dado que la operación está sujeta al Impuesto, el sujeto pasivo, el prestatario, sí que está obligado a presentar la declaración, en la que alegará la exención.

<sup>7</sup> Téngase presente no obstante que, como bien señala el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en su Resolución de 28 de abril de 2009, relativa a la tributación a efectos del IAJD del otorgamiento de un documento de préstamo hipotecario formalizado ante un fedatario extranjero, habrá de ser tomada en consideración la situación en España de los bienes muebles e inmuebles sobre los que se constituyen las garantías reales de hipoteca. Y, en dicho caso, procedería su consideración como documentos auténticos que tienen fuerza en

artículo 25 del Reglamento del ITPyAJD, para que la garantía que asegura el préstamo no tribute resulta exigible que su constitución sea simultánea con la concesión del préstamo o, en su caso, que en el otorgamiento de este estuviese prevista la posterior constitución de la garantía. En efecto, de acuerdo con lo establecido por el apartado primero del citado precepto, «*La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo cuando la constitución de la garantía sea simultánea con la concesión del préstamo o en el otorgamiento de este estuviese prevista la posterior constitución de la garantía*»<sup>8</sup>.

Dada, por ejemplo, una operación consistente en la constitución de un préstamo entre particulares, sin interés y a devolver en varios ejercicios destinado a la adquisición de la vivienda habitual, la referida operación quedaría sujeta a la Modalidad de TPO del ITPyAJD. Y lo mismo sucedería en el supuesto de que se incluyese un pacto de pago de interés (recuérdese que ambos tienen la consideración de préstamos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1740 del Código Civil). La condición de sujeto pasivo recaería en el prestatario. Y, con carácter adicional, el prestamista adquiriría la consideración de responsable subsidiario del pago del Impuesto en el supuesto de que percibiese total o parcialmente el capital prestado sin haber exigido al prestatario justificación alguna de haber satisfecho el Impuesto<sup>9</sup>.

El préstamo hipotecario tributa únicamente como préstamo. Lo que sucede en la práctica es que, debido a la falta de simultaneidad existente, en numerosas ocasiones, entre ambos actos (el préstamo y la hipoteca), se suscita la cuestión relativa a si la referida simultaneidad en el otorgamiento del préstamo y de

---

España, produciéndose la generación de efectos jurídicos en territorio español, y resultando por tanto la sujeción al Impuesto procedente.

<sup>8</sup> Ya en un primer momento se encargó de disponer el artículo 58.1 del antiguo Texto Refundido de 6 de abril de 1997 que, tratándose de un préstamo con garantía real y, más precisamente, hipotecaria, su tributación habría de producirse únicamente por el concepto de préstamo. Dicha regulación fue posteriormente incorporada al Texto Refundido de 30 de diciembre de 1980 y, finalmente, al actualmente vigente de 1993. Destaca no obstante el hecho de que en el antiguo Reglamento del Impuesto, de 15 de enero de 1959, se pusiese el acento, no en el préstamo, sino en la constitución de la garantía, de manera tal que si, existiendo dos convenciones o hechos imponibles, se tributase solamente por uno de ellos, este resultase ser la garantía real y no el préstamo. En este sentido disponía el artículo 5.<sup>º</sup> IX del citado Reglamento que: «*Los préstamos que se garanticen con fianza, prenda o hipoteca satisfarán el Impuesto, respectivamente, solo por estos conceptos*».

<sup>9</sup> Ahora bien, conviene tener presente que la constitución de préstamos está exenta del ITPyAJD. En consecuencia ni el prestatario deberá satisfacer Impuesto alguno ni el prestamista asumirá la condición de responsable de deuda alguna por dicho concepto. Sí que existirá, en cambio, una obligación formal a cargo del prestatario, como es la de presentar una autoliquidación del Impuesto por la constitución del préstamo, al tratarse de la realización de una operación sujeta al ITPyAJD. En este sentido se pronunció la DGT en su contestación a la Consulta de 23 de septiembre de 2008.

garantía representa una exigencia inexcusable para la tributación solo por el concepto de préstamo<sup>10</sup>.

Por tanto, si en el documento de concesión del préstamo no se previniese de manera expresa que en un momento posterior se procederá a la constitución de la garantía hipotecaria, una vez que ello se realice posteriormente la hipoteca deberá tributar con independencia del préstamo.

Tratándose de préstamos garantizados mediante derecho real (prenda, hipoteca y anticresis), la base imponible se concretará mediante la valoración del derecho real de acuerdo con las reglas del artículo 10.2.c) del TR, de conformidad con el cual: «*Las hipotecas, prendas y anticresis se valorarán en el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otro concepto análogo. Si no constare expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará por base el capital y tres años de intereses*»<sup>11</sup>.

Obsérvese que el citado precepto establece dos reglas de valoración, una primera de carácter general y otra segunda que podría calificarse como subsidiaria. La regla general que determina la base imponible de estos derechos reales de garantía resulta tan amplia que, en la práctica, podría permitir la inclusión de cualquier cantidad a la que se extienda la garantía<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Inicialmente el TS a través, entre otras, de sus sentencias de 10 de febrero y de 22 de marzo de 1978, señaló acerca de esta cuestión que resultaba necesaria la simultaneidad del préstamo y la garantía para tributar solamente por el concepto de préstamo, añadiendo además que esa «necesaria simultaneidad» del préstamo y de la garantía no debía entenderse como una unidad de acto o formalización de ambos en el mismo documento, sino en el sentido de que del documento inicial de constitución se derivasen tanto este como la garantía, es decir, que en la escritura de constitución del préstamo se anunciase la garantía, a pesar de que esta se constituyese posteriormente, incluso habiendo transcurrido varios años. Con posterioridad afirmó el Alto Tribunal, en su sentencia de 23 de febrero de 1981, que no resultaba necesario el requisito de la simultaneidad, ni siquiera entendida esta en el sentido de necesidad de anunciar el otorgamiento posterior de la garantía; a juicio del Tribunal «*Si se concede, por ejemplo, un préstamo sin anuncio de otorgamiento posterior de garantía y al cabo de varios años se constituye la hipoteca, no existe gravamen por la modalidad de TPO al 1 por 100 por el acto de constitución de dicha garantía aunque, evidentemente, la primera copia de la escritura de constitución de la garantía deberá tributar por la modalidad de AJD*». Lo cierto es que, a pesar de que este último criterio fue mantenido por el TEAC en sus Resoluciones de 30 de enero de 1991 y de 8 de junio de 1995, no fue finalmente adoptado por el Reglamento del Impuesto de cara a la redacción del citado artículo 25.

<sup>11</sup> Este precepto queda reproducido en el artículo 44 del Reglamento del Impuesto, incorporándose como novedad que las sumas aseguradas por intereses no podrán exceder de cinco años.

<sup>12</sup> En este sentido desde determinados sectores de la doctrina se apuntó la conveniencia de excluir los intereses moratorios. De esta opinión se muestra partidario MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1997, pág. 261, para quien: «*En la redacción del precepto y de acuerdo a su voluntad legis solo se estaba pensando en los intereses que actúan a modo de retribución del capital, y que en todo caso han de abonarse, y no en aquellos que solo*

Por lo que respecta a los préstamos asegurados con fianza o sin otra garantía que la personal del prestatario, así como en las figuras asimiladas al préstamo, la base imponible se determinaría aplicando los criterios recogidos en el artículo 10.2.j) del citado texto legal, precepto que es objeto de reproducción en el artículo 50.4 del Reglamento del Impuesto. En ambos preceptos se diferencian dos tipos de préstamos. De una parte, los simples, los garantizados con fianza, los contratos de reconocimiento de deuda, de depósito retribuido y las cuentas de crédito. Y, de otra, los préstamos garantizados con garantías reales de prenda, hipoteca y anticresis<sup>13</sup>.

Pues bien, en relación con los primeros la base imponible queda constituida por el capital de la obligación o por el valor de la cosa depositada, tratándose de un depósito retribuido. Dicho de otro modo, en estos préstamos la base imponible coincide con la cantidad prestada por el prestamista. Y, tratándose de las cuentas de crédito, en dichos contratos la base imponible coincidirá con el capital que realmente hubiese utilizado el prestatario<sup>14</sup>.

---

*se refieren a una eventualidad que puede producirse o no, cual es la demora en que incurra el deudor en el pago al acreedor».*

<sup>13</sup> ¿Cómo habría de tributar en el ITPyAJD la operación consistente en la constitución de fianza posterior a un préstamo hipotecario? Como ya sabemos en el ámbito del Código Civil, en el que rige la autonomía de las partes, las fianzas cubren aquello que se haya comprometido a garantizar la persona del fiador, siendo además ese mismo importe el que ha de ser tomado en consideración a la hora de proceder a cuantificar la base imponible del ITPyAJD. Cuando la constitución de la fianza quede sujeta a la Modalidad de TPO, la base imponible vendrá determinada por el total importe afianzado. En este sentido estima la DGT, en su Resolución de 12 de septiembre de 2006, que la citada operación habrá de quedar sujeta al ITPyAJD, constituyendo la base imponible del préstamo asegurado con fianza el capital de la obligación o importe afianzado y estimando por tal el montante total que, de acuerdo con las normas del Derecho Civil que resulten aplicables, el fiador garanticé mediante el contrato de fianza. Y, de cara a la determinación en cada caso concreto de la base imponible de un préstamo asegurado con fianza, habrá de atenderse, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, a lo convenido por las partes en el contrato de fianza.

<sup>14</sup> Esta previsión queda desarrollada en el artículo 26 del Reglamento del Impuesto, en el que se dispone que: «*La liquidación se girará al liquidarse anualmente el crédito o antes, si terminase la operación, sobre el capital que resulte utilizado por el prestatario, entendiéndose por tal el mayor saldo deudor que hubiese arrojado la cuenta en dicho periodo de tiempo».* Por otra parte, en tanto en cuanto suele ser bastante frecuente que la duración de estos contratos resulte superior a un año, prevé el apartado segundo del citado precepto que se tome como base en los ejercicios siguientes al primero la diferencia positiva, si la hubiere, entre el importe máximo dispuesto en el ejercicio de que se trate y el mayor saldo deudor correspondiente a los ejercicios anteriores. En líneas generales la cuestión más conflictiva que suele suscitarse a este respecto es la relativa a si, tratándose de préstamos plurianuales, ha de tomarse como base imponible el mayor saldo deudor dispuesto durante toda la vigencia del contrato o, por el contrario, el mayor saldo deudor de cada año. *A priori*, puesto de lo que se trata es de un impuesto de carácter instantáneo, parecería más lógica la primera de las alternativas apuntadas. Sin embargo el TS, en su sentencia de 25 de septiembre de 2000, se inclinó por la postura contraria, señalando que: «*(...) Al final de los años de duración del contrato de préstamo en forma de cuenta de crédito la base imponible del ITP global liquidable es, no el mayor*

De cualquier manera, como es sabido, dispone el artículo 45.I.B.15 del Texto Refundido que quedan exentos del Impuesto: «*los depósitos en efectivo y los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten*». En consecuencia estaremos en presencia de una operación sujeta a TPO pero exenta y, además, no sujeta al gravamen gradual de AJD del artículo 31.2 del TR, al no reunirse los requisitos contemplados en dicho precepto. Queda claro por tanto que, en el presente caso, no se devengará cuota alguna por el citado Impuesto. Y es que, tal y como se encarga de precisar el artículo 74 del RITPyAJD: «*Las primeras copias de escrituras notariales que documenten préstamos sujetos a la modalidad de “transmisiones patrimoniales onerosas” no quedarán sujetas al gravamen gradual de “actos jurídicos documentados”*»<sup>15</sup>.

Sin lugar a dudas, la aplicación de la exención contenida en el artículo 45.I.B.15 del TR a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen de su artículo 31.2 ha constituido una cuestión no exenta de cierta polémica. ¿Afecta realmente la exención de los préstamos a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen sobre el *negotium notarial*? Es esta una cuestión que ya en su día se planteó respecto de lo dispuesto en el artículo 48.I.B).19 del antiguo Texto Refundido de 1980 redactada por la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la antigua Ley del IVA de 1985, en la que se declaraba la exención de: «*(...) los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten*», no limitándose a la Modalidad de TPO.

Inicialmente la DGT, en su Circular de 6 de mayo de 1986, manifestó que la exención no se proyectaba sobre el IAJD, limitando su alcance a la constitución de préstamos recogida en el artículo 7.1.B) del Texto Refundido<sup>16</sup>. Este criterio no fue compartido, sin embargo, por el TEAC en sus Resoluciones de 19 de octubre y 10 de noviembre de 1988 y de 8 de marzo de 1990, en las que el citado Tribunal se mostró partidario de la aplicación de la exención a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen proporcional del IAJD, Documentos Notariales.

Por su parte el TS, en su sentencia de 2 de octubre de 1989, dictada en interés de ley, se mostró contrario a la aplicación de la exención. Ahora bien, se trataba de un pronunciamiento en el que no se analizaba de manera expresa la aplicación de la exención a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen

---

*saldo deudor anual que hubiese arrojado la cuenta durante los citados años, sino el total del capital o crédito realmente utilizado por el prestatario durante la vigencia del contrato».*

<sup>15</sup> Véase, a este respecto, entre otras, la contestación de la DGT a la Consulta de 2 de junio de 1997 en la que, al hilo de la tributación en el ITPyAJD de un préstamo concedido por un particular con garantía hipotecaria, se afirma que: «*tratándose de una operación sujeta a TPO (art. 7.1.B), pero exenta, no se encontraría sujeta al gravamen gradual de AJD del artículo 31.2 del TR, al no reunir los requisitos exigidos por dicho artículo. En este caso no se devengará cuota alguna por este Impuesto*».

<sup>16</sup> Esta misma interpretación fue posteriormente reiterada por el citado Centro Directivo en sus Circulares de 27 de julio y de 23 de diciembre de 1989.

sobre el *negotium* notarial, declarándose únicamente que «*las escrituras (...) están sujetas al gravamen sobre Actos Jurídicos Documentados*». A ello había que añadir, además, que la doctrina legal elaborada a través del citado fallo afectaba únicamente a aquellos supuestos nacidos bajo la vigencia de la norma redactada de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la antigua Ley del IVA de 1985, y no a los nacidos bajo la vigencia de la norma de exención redactada conforme a lo señalado en el artículo 104.5 de la antigua Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988<sup>17</sup>. Y, como seguramente se recordará, fue esta última redacción la que terminó incorporándose al apartado 15 del artículo 45.I.B) del Texto Refundido de 1993<sup>18</sup>.

Lo que vino a manifestar el TS en el citado pronunciamiento fue que el artículo 48.I.B).19 del antiguo Texto Refundido de 1980 no contenía exención alguna por la Modalidad de AJD, cuota variable, respecto de aquellos documentos notariales a través de los cuales se formalizan préstamos hipotecarios sujetos al IVA<sup>19</sup>.

Años más tarde el Alto Tribunal, a través de su sentencia de 9 de octubre de 1992, dictada en recurso extraordinario de apelación en interés de ley, negó nuevamente la aplicación de la exención a los préstamos hipotecarios sujetos a gravamen sobre el *negotium* notarial, proyectando además sus efectos sobre aquellos supuestos nacidos a partir del 1 de enero de 1988. Al margen de fundamentar su decisión en aspectos tales como la ubicación del precepto o la literalidad de la norma de exención, el principal argumento esgrimido por el TS

---

<sup>17</sup> Téngase presente que, con efectos desde el 1 de enero de 1988, la norma reguladora de la exención comenzó a extenderse a ciertos activos financieros de rendimiento implícito que documentan empréstitos sujetos al IAJD, en su Modalidad de Documentos Mercantiles, como consecuencia de la redacción dada por el artículo 104.Cinco de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988. Lo cierto es que esta novedad introducida en la norma de exención por la citada Ley de Presupuestos presentaba simplemente un carácter aclaratorio, no incluyendo ni excluyendo nada nuevo respecto del alcance de la exención.

<sup>18</sup> Acerca del alcance de este pronunciamiento véanse, entre otros, PONT MESTRES, M., «En torno al controvertido tema del gravamen gradual de Actos Jurídicos Documentados en las escrituras de préstamos», en *Gaceta Fiscal*, núm. 88 bis, 1991, pág. 134, y ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., «Apuntamiento de la tributación de los préstamos hipotecarios», en *Impuestos*, núm. 17, 1990, pág. 17.

<sup>19</sup> Cuestión distinta es la relativa a si la legislación española estaba vulnerando o no la normativa comunitaria y, más precisamente, el artículo 13 de la antigua Sexta Directiva 77/338/CEE, de 17 de mayo, relativa a la aplicación del régimen común de IVA, y en el que se declaraba la exención de los préstamos, cualquiera que fuese la forma en que los mismos se instrumentasen. A pesar de que esta última cuestión no fue tratada por el TS en la citada sentencia de 2 de octubre de 1989, sí que lo fue en la posterior sentencia del Alto Tribunal de 9 de octubre de 1992, a la que nos referiremos a continuación, y en la que se afirmaba a este respecto que: «(...) Los criterios de armonización legislativa comunitaria que inspiran la 6.<sup>a</sup> Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea, en nada afectan al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, ya que su artículo 13 se refiere a la concesión de créditos, la negociación y prestación de finanzas, cauciones y otras modalidades de garantía».

para negar la aplicación de la exención a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen proporcional del IAJD sobre documentos notariales fue estimar que el objeto de gravamen del citado tributo lo es, no el acto jurídico contenido en el mismo, sino el propio documento notarial. A juicio del Alto Tribunal, la norma reguladora de la exención solo se refiere de manera expresa al IAJD cuando alude a los documentos mercantiles específicamente mencionados en la norma<sup>20</sup>.

La no aplicación de la exención del apartado 15 del artículo 45.I.B) del Texto Refundido a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen del IAJD establecido en el artículo 31.2 del citado texto fue defendida igualmente por el TS en su sentencia de 28 de junio de 1994 argumentando que la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, disponía en su artículo 7 que: «*estará exenta la escritura que documente la operación de subrogación en la modalidad gradual de actos jurídicos documentados sobre documentos notariales*», excepción esta última que, a juicio del Tribunal, carecería de sentido introducir si con anterioridad hubiese estado vigente.

Y en esta misma línea se sitúan las sentencias del Alto Tribunal, de 26 de abril, 26 de octubre, 23 de noviembre y 11 de diciembre de 1996, 12 de diciembre de 1997, 31 de enero y 1 de julio de 1998, 21 de enero de 1999, 15 de diciembre de 2000 y 2 de marzo de 2001<sup>21</sup>. En cambio, excepcionalmente, en su sentencia de 19 de abril de 1997, el Alto Tribunal reconoció la aplicación de la exención a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen proporcional sobre documentos notariales del IAJD.

Lo cierto es que, a partir de la STS de 9 de marzo de 2002, se aprecia un cierto cambio de criterio por parte del Alto Tribunal acerca de esta cuestión. En dicho pronunciamiento estimó el Tribunal que las primeras copias de escrituras notariales que documentan la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas del gravamen a partir del 1 de enero de 2001. Unos meses más tarde,

---

<sup>20</sup> Es este un criterio que no compartimos. A nuestro juicio, el objeto material o hecho imponible del gravamen sobre el *negotium* notarial lo integra la constitución o realización de actos y contratos.

<sup>21</sup> En el caso específico de este último pronunciamiento el Tribunal estimó que la tributación efectiva de los préstamos hipotecarios no vulneraba lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 13.b.d. de la antigua Directiva 77/338/CEE, de 17 de mayo, en materia de IVA (actual Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido), que declaraba exentas la concesión y negociación de créditos y la negociación y prestación de garantías. A juicio del Tribunal: «(...) *El artículo 33 de la Sexta Directiva permite mantener sobre dichas operaciones cualquier tributo que no tenga carácter de impuesto sobre el volumen de negocios (...) y el hecho imponible del IAJD recae sobre el documento y no sobre el acto contenido en el mismo*». En un sentido contrario se pronunciaron, entre otros, RECIO ADRADOS, J. G., «La exención en el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados de los préstamos empresariales sujetos al IVA», en *Gaceta Fiscal*, núm. 70, 1989, pág. 119, y RECUERO ASTRAY, J. R., «La controvertida exención de los préstamos hipotecarios en el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados», en *Crónica Tributaria*, núm. 56, 1986, pág. 176.

en su sentencia de 10 de diciembre de 2002, el Alto Tribunal concluyó que la bonificación del 99 por 100 establecida en el artículo 8 de la antigua Ley 27/1984, de 26 de julio, de Reconversión y Reindustrialización, aplicable a los préstamos sujetos al ITPyAJD, resultaba asimismo aplicable a la constitución y cancelación de las hipotecas que puedan garantizarlos. En palabras del TS, «*no es conforme a la finalidad de la norma que establece el beneficio fiscal la dissociación entre el préstamo y la hipoteca que lo garantiza*».

Como es sabido, el apartado 15 del artículo 45.I.B) del Real Decreto Legislativo 1/1993 declara exentos: «*(...) Los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten*»<sup>22</sup>. Pues bien, a la luz de la presente redacción parece lógico pensar que la exención prevista en los citados términos debe extenderse al ámbito del IAJD, no ya solo en su Modalidad de gravamen proporcional

---

<sup>22</sup> Con anterioridad, bajo la vigencia del antiguo Texto Refundido de 1980, dicha exención quedaba recogida en su artículo 48.I.B) 19. Inicialmente, el texto originario de este artículo 48.I.B) no contenía la número 19. Dicho número fue introducido por la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la antigua Ley 14/1985, de 29 de mayo, de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros, de conformidad con la cual quedaban exentos: «*Los préstamos representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos emitidos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses, por los que se satisfaga una contraprestación establecida por la diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento, en cuanto a la modalidad del Impuesto que recae sobre transmisiones patrimoniales onerosas. La exención se extenderá, asimismo, a las transmisiones posteriores de estos títulos*». Nótese que en esta primera formulación, que estuvo vigente desde el 30 de mayo de 1985 hasta el 31 de diciembre de ese mismo año, la exención se refería, con carácter exclusivo, a la Modalidad de TPO y no para todos los préstamos, sino únicamente para los emitidos en serie, por plazo superior a dieciocho meses con rendimiento implícito. A su vez, y paralelamente, a través de la citada Ley 14/1985 y, más precisamente, de su artículo 33, relativo al hecho imponible del Impuesto en los documentos mercantiles, se incorporaron al grupo originario de sujeción (constituido por las letras de cambio, los documentos que realicen función de giro o que suplan a aquellos y los resguardos o certificados de depósito transmisibles) los pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses, representativos de capitales ajenos por los que se satisfaga una contraprestación establecida por la diferencia entre el importe satisfecho por la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento. En todo caso esta redacción del número 19 del artículo 48.I.B) del antiguo Texto Refundido de 1980, a pesar de su claridad, adolecía de una falta de previsión, ya que la normativa comunitaria obligaba a los Estados miembros a no gravar las operaciones financieras (entre las que se encuentran los préstamos). Así las cosas, la adaptación a la normativa comunitaria se produjo a través de la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la antigua Ley reguladora del IVA, de 2 de agosto de 1985, que otorgó una nueva redacción al número 19, extendiéndose la exención que existía para aquellos préstamos singulares con rendimiento implícito a todo tipo de préstamos en los siguientes términos: «*19. Los depósitos en efectivo y los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten, incluso los representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos. La exención se extenderá, asimismo, a la transmisión posterior de los títulos que documenten el depósito o el préstamo*». Con esta ampliación de la exención, con efectos desde el 1 de enero de 1988, el número 19 del artículo 48.I.B) del antiguo TR de 30 de diciembre de 1980 tomó su redacción definitiva, incorporándose al Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993 en el número 15 del artículo 45.I.B), no habiendo sido con posterioridad objeto de modificación alguna en lo que respecta al objeto de nuestro estudio.

sobre los documentos notariales, sino también en la relativa a los documentos mercantiles. ¿Por qué si no se está aludiendo a la forma de documentación? Piénsese que, de cara a su perfeccionamiento, el contrato de préstamo no requiere de la adopción de ninguna modalidad específica de documentación o formalización<sup>23</sup>.

Téngase presente, además, que el conjunto de exenciones contenidas en el artículo 45 del TRLITPyAJD afectan a la totalidad de los supuestos fácticos sujetos a cualquiera de las modalidades configuradoras del Impuesto, sin necesidad de que tenga que indicarse expresamente a cuál de ellas se aplica la misma. A nuestro juicio solamente será necesario indicarlo cuando el legislador, por las razones que estime conveniente, decida limitar el alcance de la exención a determinados supuestos que, en caso contrario, quedarían exentos.

Por otra parte, la aplicación de la exención a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen proporcional del artículo 31.2 del Texto Refundido queda fundamentada en el hecho de que, desde nuestro punto de vista, el citado precepto está sometiendo a gravamen actos jurídicos y no simples formas de documentación de aquellos, con independencia de que resulte imprescindible de cara a su sujeción que su formalización se produzca a través de escrituras o actas notariales.

En suma, tomando como punto de partida el dato de que el préstamo o negocio principal absorbe a efectos fiscales a la hipoteca o negocio accesorio y que el préstamo empresarial garantizado con hipoteca no empresarial se halla sujeto al gravamen proporcional sobre Documentos Notariales del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados cuando se formaliza en escritura notarial debido precisamente al carácter inscribible que presenta la garantía, debe concluirse que la exención contenida en el apartado 15 del artículo 45.I.B) del Texto Refundido se extiende al conjunto de vicisitudes por las que atraviesa el préstamo garantizado con hipoteca, inclusive el IAJD que, eventualmente, pueda llegar a proyectarse sobre el mismo a consecuencia de su específica forma de instrumentación<sup>24</sup>.

La citada exención resulta por tanto aplicable a la totalidad de los hechos imponibles comprendidos en el ITPyAJD relativos a préstamos, tanto a los

---

<sup>23</sup> Como bien señaló VILLARÍN LAGOS, M., «Artículo 45.I.B). 15», en la obra colectiva *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 709, si se hubiese pretendido que la exención para los préstamos quedara circunscrita únicamente al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas el legislador lo hubiese hecho constar expresamente, tal y como sucedió, por distinto motivo, con la redacción original de esta norma de exención introducida por la antigua Ley de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros de 1985.

<sup>24</sup> Lo contrario daría lugar a que, una misma operación (el préstamo hipotecario) llevada a cabo entre particulares, terminara disfrutando de un tratamiento fiscal más favorable debido a la incompatibilidad existente entre el ITPO y el gravamen sobre el *negotium* notarial, que la realizada por quienes constituyen sujetos pasivos del IVA.

sujetos al ITP como a los sometidos a gravamen del IAJD establecido en el artículo 31.2 del Texto Refundido.<sup>25</sup>

¿Y cuál sería la situación tratándose de un préstamo concedido por un sujeto pasivo de IVA? En este caso la operación quedaría sujeta al IVA pero exenta del mismo en virtud de lo establecido en el artículo 20.1.18.c) de la Ley 37/1992, que declara exenta la concesión de créditos y préstamos en dinero, cualquiera que sea su forma. De este modo, al estar sujeto el préstamo al IVA, no podrá practicarse liquidación por la Modalidad de TPO de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.5 del Texto Refundido. Significa ello que entrará en juego la posible incidencia de la cuota variable del documento notarial, según estemos ante un préstamo simple o garantizado.

En el primer caso (préstamo simple o con garantía personal), no será aplicable la cuota variable del artículo 31.2 al no ser inscribible en el Registro de la Propiedad. Y, en el segundo de los supuestos planteados (préstamo con garantía real), la garantía hipotecaria supondrá la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 31.2 del TR, a saber: tratarse de una escritura pública que contiene un acto valuable (a pesar de que podría discutirse si consiste únicamente en el nominal del préstamo o en el importe total que garantiza la hipoteca); inscribirse en el Registro de la Propiedad (téngase presente que necesariamente el préstamo hipotecario ha de ser inscrito en el citado Registro)<sup>26</sup>; y no quedar sujeto al ITPyAJD por ninguna de las dos primeras modalidades del Impuesto, así como tampoco al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), quedando así sujeta al gravamen gradual de AJD. Téngase presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74.2 del RITPyAJD, aquellas escrituras que documenten la constitución de préstamos sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido tributarán por el referido gravamen gradual cuando sean inscribibles en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil.

---

<sup>25</sup> De esta opinión se muestran partidarios, entre otros, VILLARÍN LAGOS, M., en la obra colectiva *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, ob. cit., pág. 710; COSMEN MATESANZ, E., «El problema de los préstamos hipotecarios y el gravamen de actos jurídicos documentados al 0,50 por 100», en *Crónica Tributaria*, núm. 65, 1993, pág. 21, y OLIVER CUELLO, R., «El Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y el préstamo hipotecario», en *Colección Monografías*, núm. 1, Madrid, 1994, págs. 57 y sigs.

<sup>26</sup> En relación con esta cuestión habría que precisar que, tal y como han señalado GARCÍA GIL, J. L. y GARCÍA GIL, F. J., *Tratado del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Difusa, Madrid, 2004, pág. 455, el acto jurídico documentado queda sujeto a tributación por la existencia de la hipoteca que garantiza el préstamo, ya que este último, como tal, no tiene la consideración de inscribible, con carácter general, ni en el Registro de la Propiedad. Véase, a este respecto, la Resolución del TEAC de 23 de febrero de 1995, en la que se afirma que: «(...) Es cierto que al inscribirse las hipotecas debe hacerse mención del préstamo, pero el préstamo no es objeto de la inscripción, sino la hipoteca, como corresponde a un Registro que, por definición, tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles».

En consecuencia, los préstamos hipotecarios formalizados en escritura pública, en aquellos supuestos en los que quedan sujetos al IVA (caso, por ejemplo, de los concedidos por entidades financieras, Bancos y Cajas de Ahorro) tributan por la Modalidad de AJD, cuota variable.

Ha de precisarse a este respecto que, con carácter general, y por lo que se refiere a la tributación de estos préstamos hipotecarios en el IVA, se parte de la premisa de que en el citado Impuesto el préstamo hipotecario constituye una sola operación cuya calificación es la de prestación de servicio.

Ahora bien, desde determinados sectores de la doctrina se ha manifestado a este respecto que dentro del IVA debe diferenciarse la existencia de dos operaciones independientes de prestación de servicio: de una parte, el préstamo; y, de otra, la hipoteca. Lo cierto es que en la Ley 37/1992 figuran de forma genérica los préstamos y las garantías reales como operaciones financieras de prestación de servicios diferenciadas. En efecto, en la letra c) del artículo 20.Uno.18.<sup>º</sup> de la LIVA se alude a los préstamos en dinero, y en la letra f) del referido precepto a las garantías reales, entre las que se encuentra la hipoteca. Se afirma además, en esta línea, que dentro de la normativa del IVA (a diferencia de lo que sucede en el ámbito del ITPyAJD), no existe un precepto en el que se disponga de manera expresa que el derecho de hipoteca en garantía de un préstamo deba tributar exclusivamente por el concepto de préstamo.

A la luz de este criterio interpretativo consistente en estimar, a efectos del IVA, la existencia de dos operaciones independientes, el préstamo hipotecario tributaría de la siguiente forma. En primer lugar, en cuanto al préstamo, como se ha indicado, quedaría sujeto y exento de IVA (art. 20.Uno.18.c de la Ley 37/1992). Y, respecto de la hipoteca, en el supuesto de que el prestatario que la constituyese tuviese la consideración de empresario o profesional y la referida hipoteca se constituyera en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional (aunque fuese con carácter ocasional), dicha constitución estaría sujeta al IVA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.Uno de la Ley, pero exenta (en virtud de su art. 20.Uno.18.<sup>º</sup> f), procediéndose así a gravar el documento notarial por la Modalidad de AJD al cumplirse el conjunto de los requisitos previstos en el artículo 31.2 del TRLITPyAJD, y sin que resulte de aplicación la exención prevista en el artículo 45.I.B).15 del citado Texto Refundido.

En cambio, si la constitución de la hipoteca no quedara sujeta a IVA por no cumplirse los requisitos legales exigidos al efecto para ello, se sujetaría a la Modalidad de TPO, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1.B) del Texto Refundido y tributaría al tipo del 1 por 100, de conformidad con lo establecido en el artículo 11.1.b) del citado Texto, no quedando sujeto el documento notarial a la cuota gradual de la Modalidad de AJD por su incompatibilidad con la sujeción a la Modalidad de TPO.

Desde nuestro punto de vista, sin embargo, el préstamo hipotecario ha de tributar en el IVA como una operación unitaria de préstamo, ya que la hipoteca

resulta accesoria y se une de manera indisoluble al préstamo. Así se encargó de declararlo además la DGT, entre otras, en Resolución de 27 de enero de 1993.

De cualquier manera, el que la constitución de la hipoteca quede sujeta al IVA depende exclusivamente de que el prestatario que la constituya cumpla los requisitos legales exigidos para ello, careciendo de trascendencia quien sea el prestamista o el acreedor hipotecario<sup>27</sup>.

Téngase presente además que, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia del TSJ de Cataluña, de 10 de enero de 2008, están sujetas al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados las escrituras de préstamos hipotecarios empresariales.

¿Cuál es la base imponible susceptible de ser tomada en consideración en estos supuestos de constitución de derechos reales de garantía y de préstamos hipotecarios? En los derechos reales de garantía, así como en la escritura que documente préstamos con garantía, la base imponible se halla integrada 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<sup>28</sup>. Y, no constando expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomaría como base el capital y tres años de intereses.

Se vino así a reconocer, a la luz de la reforma operada a este respecto por el artículo 5 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que la magnitud que sirve de base en estos supuestos queda determinada por el importe de la responsabilidad que se garantiza y, de manera implícita, que el núcleo esencial del hecho imponible en estos supuestos lo constituye el derecho real de garantía y no la obligación garantizada<sup>29</sup>. Repárese no obstante en la incongruencia que supone atender

---

<sup>27</sup> Y, respecto del sujeto pasivo, tanto si la constitución de la hipoteca se sujeta a la Modalidad de TPO como si el documento notarial se grava por la Modalidad de AJD, dicha condición corresponderá al prestamista, que es la persona en cuyo favor se realiza el acto y que adquiere dicho derecho.

<sup>28</sup> Véanse, a este respecto, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1998 y de 30 de octubre de 1999, así como las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de La Rioja, de 7 de enero de 1999; de Canarias, de 28 de junio y de 12 de julio de 1999; de Baleares, de 1 de septiembre de 2000 y de 27 de junio de 2001; de Andalucía, de 29 de diciembre de 2000, y de Extremadura, de 29 de octubre de 2001. Asimismo podrían citarse las Resoluciones del TEAC, de 10 de febrero y de 6 y 21 de julio de 1994. Por su parte, la DGT, en contestación a la Consulta de 28 de septiembre de 1999, se encargó de precisar que tanto en la constitución como en la cancelación de las cuentas de crédito garantizadas con hipoteca sujetas a gravamen la base vendrá determinada por el valor de la garantía hipotecaria.

<sup>29</sup> Con anterioridad a la reforma operada, es decir, hasta el 1 de enero de 2003, el artículo 30.1 del TRLITPyAJD disponía que: «*En las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto directo cantidad o cosa valorable servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa*». Al amparo de esta redacción declaró el TEAC, entre otras, en su Resolución de 29 de julio de 1991, que por «valor declarado» había que entender en el préstamo hipotecario la total cantidad que la hipoteca garantiza, que no solo está formada por el nominal del préstamo, sino por la totalidad de las sumas garantizadas,

a la figura de la hipoteca a la hora de calcular la base del tributo tratándose de préstamos hipotecarios y, en cambio, tomar en consideración la figura del préstamo de cara a determinar el sujeto pasivo.

Cabe, no obstante, plantearse hasta qué punto la introducción de esta regla especial en el artículo 30.1 del TRLITPyAJD constituyó en su día una novedad respecto de la regulación anteriormente existente. Más bien se trató, a nuestro juicio, de una simple aclaración acerca de la determinación de la base imponible de estas figuras, ya que este mismo criterio venía aplicándose, tanto por la doctrina administrativa como por la propia jurisprudencia como fundamento de lo dispuesto en el anteriormente analizado artículo 10.2.c) del citado Texto Refundido.

Queda claro, en consecuencia, que el acto de contenido valioso que motivaba (y que continúa motivando en la actualidad) la inscripción registral no es otro que la hipoteca, exigiéndose el Impuesto sobre la base de las cantidades garantizadas por el derecho real de hipoteca<sup>30</sup>.

En efecto, en los préstamos hipotecarios la base imponible ha de quedar determinada por el importe de la responsabilidad que se garantiza. Ahora bien, tratándose de determinados préstamos hipotecarios sujetos al tributo tales como las cuentas de crédito garantizadas con hipoteca o los préstamos garantizados con hipotecas de máximo, la base imponible habrá de ajustarse a la intensidad con la que, en el presente caso, se verifica la realización del hecho imponible. Así las cosas, en aquellos supuestos en los que el prestatario haya dispuesto efectivamente de una cantidad inferior a la escriturada, la base fáctica de la cancelación de la garantía solo podrá quedar integrada por la cantidad efectivamente garantizada<sup>31</sup>.

En la práctica, la aplicación de la exención establecida en el apartado 18 del artículo 45.I.B.) del Real Decreto Legislativo 1/1993 para la cancelación de hipotecas de cualquier clase sujetas a la modalidad tributaria del IAJD elimina

---

por intereses, retrasos o incumplimiento, con independencia de que tales previsiones lleguen o no a realizarse. Véanse, en esta misma línea, las SSTS de 24 de febrero de 1996, 21 de mayo de 1998 y 30 de octubre de 1999.

<sup>30</sup> Véase, a este respecto, lo declarado por la DGT en su Resolución de 12 de enero de 1998, relativa a la tributación de las operaciones de cancelación de hipoteca (actualmente extintas), en la que se afirmaba que: «(...). El concepto de valor de la hipoteca previsto en el artículo 10.2 del TRLITPyAJD es aplicable cuando se determina la base imponible del impuesto que grava el documento público que la constituye o la cancela, ya que el derecho real está garantizando todo un importe global en el que se incluyen diversos conceptos, además del capital principal; y el valor que recoja el documento de cancelación debe ser por la misma cuantía, para que de esta forma quede totalmente extinguida, sin perjuicio de que sea el propio interesado quien declare las partidas que quedan garantizadas y las cuantías de las mismas». En este mismo sentido se había pronunciado, unos años antes, el TEAC a través, entre otras, de su Resolución de 25 de enero de 1996.

<sup>31</sup> Véase, en este sentido, la STS de 28 de diciembre de 2002.

cualquier tipo de conflicto que la referida cancelación de los citados negocios pudiera llegar a suscitar en torno a la determinación de la base imponible fáctica<sup>32</sup>.

Nótese que, si bien el citado precepto utiliza el término «exención» como núcleo central del mismo (dado que la aplicación de la exención se refiere, efectivamente, a las escrituras), lo más correcto hubiese sido referir aquella simplemente a la cancelación de hipoteca, sin hacer mención alguna al tipo de documento notarial en el que se formalice el acto. Piénsese que en determinados supuestos las hipotecas son canceladas a través de actas notariales, y no mediante escrituras. Así sucede, por ejemplo, como bien señalan GARCÍA GIL y GARCÍA GIL<sup>33</sup>, en los casos de cancelación de la condición resolutoria explícita en el Registro de la Propiedad. A mayor abundamiento, conviene no olvidar que lo que está sujeto al gravamen proporcional del IAJD son únicamente las primeras copias, de manera que solo a estas podrá alcanzar la exención. De hecho el tributo en cuestión recae sobre el acto jurídico documentado (en el presente caso, la cancelación de la hipoteca), no sobre el documento en sentido formal.

Con carácter general la exención alcanzará, tanto a las cancelaciones totales como a las parciales, ya que la norma no establece distinción alguna a este respecto, disponiendo expresamente que la exención se refiere a la cancelación de hipotecas *de cualquier clase*. Ahora bien, ¿alcanza igualmente la aplicación de la exención a la cancelación de las condiciones resolutorias explícitas a las que se refiere el apartado tercero del artículo 7 del TR? Señala a este respecto VILLARÍN LAGOS<sup>34</sup> que la equiparación contenida en el apartado tercero del citado precepto del Real Decreto Legislativo 1/1993 al hilo de la constitución ha de aplicarse a las restantes vicisitudes por las que atraviese el negocio jurídico, incluida su cancelación. Y ello a pesar de que la atribución a las condiciones resolutorias explícitas del mismo régimen fiscal que las hipotecas se establezca formalmente en las normas reguladoras del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, al permitirlo la propia formulación de la exención. Estamos de acuerdo con la anterior apreciación. La referencia contenida en la norma de exención a *la cancelación de hipotecas de cualquier clase* debe ser entendida, a nuestro juicio, en el sentido de que el ámbito material de la exen-

---

<sup>32</sup> Incluso desde determinados sectores de la doctrina se ha llegado a apuntar que no debería producirse la sujeción de este acto jurídico al gravamen proporcional del IAJD, Documentos Notariales, alegándose la ausencia del requisito de la valuabilidad, en la medida en que la cancelación formal de la hipoteca no hace sino reflejar su previa cancelación económica derivada del cumplimiento de la obligación garantizada por la hipoteca.

<sup>33</sup> GARCÍA GIL, J. L. y GARCÍA GIL, F. J., «Tratado del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», *ob. cit.*, pág. 434.

<sup>34</sup> VILLARÍN LAGOS, M., en la obra colectiva, *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, *ob. cit.*, pág. 719. Véase, igualmente, GARCÍA MORENO, V. A. y BOSCH CHOLBI, J. L., «La dudosa constitucionalidad de la tributación de los préstamos hipotecarios por la cuota gradual de los Actos Jurídicos Documentados», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 282, 2008, págs. 63 a 74.

ción se extiende a todos aquellos negocios cuyo sustrato resulta esencialmente idéntico al de las hipotecas<sup>35</sup>.

Ahora bien, con independencia de lo anterior podrían llegar a plantearse problemas de cara a determinar la base en la constitución de esta clase de préstamos hipotecarios, en los que el prestatario no dispone efectivamente de la totalidad del capital. Desde nuestro punto de vista lo que procedería sería la realización de una liquidación tomando como base el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos. No obstante en el momento de cancelarse el préstamo hipotecario el sujeto pasivo podría solicitar la devolución de ingresos indebidos correspondiente, siempre y cuando no hubiera prescrito su derecho.

Por lo que respecta a los intereses de los préstamos hipotecarios, ¿Han de quedar los mismos incluidos en la base imponible? En nuestra opinión, deberán incluirse en la base imponible aquellos que determine la garantía hipotecaria<sup>36</sup>. Téngase presente además que en la propia escritura suele concretarse el tipo de interés aplicable así como el número de años, circunstancia que contribuye a determinar la cuantía de los intereses que resulta cubierta por la garantía hipotecaria.

Incluso en aquellos supuestos en los que se hubiese pactado la inclusión de los intereses de demora respondiendo del pago de los mismos a un determinado tipo de interés pero limitando hipotecariamente la responsabilidad por este concepto al hecho de que, ni por sí solos ni sumados a los intereses ordinarios pendientes, superen el importe de cinco anualidades de intereses ordinarios, cabe entender que dichos intereses quedan incluidos, a efectos de su responsabilidad frente a terceros, dentro de la responsabilidad máxima hipotecaria de cinco anualidades por intereses ordinarios, con lo que la base imponible del IAJD estaría integrada por el principal del préstamo, por cinco anualidades de intereses ordinarios (que representan la responsabilidad limitada hipotecariamente por este concepto) y por la cantidad que resulta fijada en un tanto por ciento sobre el capital prestado para el pago de costas, gastos y perjuicios<sup>37</sup>.

¿Y qué sucedería tratándose de un préstamo con tipo de interés variable? ¿Cómo habría de determinarse en estos casos la base imponible, por lo que al cómputo de intereses se refiere? A nuestro juicio deberán incluirse igualmente

---

<sup>35</sup> No creemos, además, que ello constituya una interpretación analógica de la exención.

<sup>36</sup> Este ha sido el criterio manifestado por la DGT, entre otras, en contestación a la Consulta de 16 de julio de 1996. A nivel jurisprudencial puede consultarse, por ejemplo, la sentencia del TSJ de Madrid, de 6 de octubre de 1994, en la que se afirma que: «*La base imponible del Impuesto sobre AJD viene determinada por la cantidad o cosa valuable escriturada. Esta cantidad o cosa valuable escriturada ha de comprender, no solo el principal e intereses, sino también los gastos y costos que, en su caso, son objeto de garantía.*»

<sup>37</sup> Véase, a este respecto, la Resolución de la DGT de 26 de enero de 1995.

en aquella los que determine la garantía hipotecaria, quedando concretados en la escritura el tipo de interés que se aplique y el número de años, en aras de poder precisar la cuantía de los intereses cubierta por la garantía hipotecaria.

No obstante en el supuesto de que se estipulase la necesidad de que la garantía en cuestión cubra los intereses calculados a un tipo de interés distinto del de partida inicial (el cual podría variar en función de las condiciones del contrato hasta alcanzar eventualmente un determinado interés máximo), sería este el que habría de ser tomado en consideración de cara al cálculo de la base, ya que la responsabilidad de la hipoteca puede llegar a extenderse hasta una cuantía calculada en función del tipo máximo que se señala.

*A priori*, este tipo máximo al que nos referimos solo podrá tenerse en cuenta cuando sea conocido. Ahora bien, en el hipotético caso de que se pactase un interés variable sin haberse establecido un interés máximo la base imponible habría de calcularse con el interés inicial (el único conocido), con independencia de que, posteriormente, el sujeto pasivo hubiese de practicar una liquidación complementaria si verdaderamente se incrementase el tipo de interés y, por ello, el importe garantizado.

En todo caso, y tal y como establece el párrafo segundo del artículo 68 del RITPyAJD, tratándose de escrituras de constitución de préstamos con garantía se considerará adquirente al prestatario<sup>38</sup>, recogiéndose así la posición mantenida por la jurisprudencia y clarificándose definitivamente la cuestión relativa a quien ha de ostentar la condición de sujeto pasivo respecto de aquellas escrituras de préstamo con garantía sujetas al Impuesto por la Modalidad de AJD, Documento notarial<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Como es sabido dispone el artículo 29 del TRLITPyAJD que: «*Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales o aquellos en cuyo interés se expidan*». Ahora bien, esta regla general (contenida igualmente en el art. 68 del Reglamento) ha de completarse con lo dispuesto en el párrafo segundo de este último precepto, en virtud del cual: «*cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario*». Este segundo inciso se explica por el hecho de que, si bien el préstamo hipotecario documentado en escritura notarial (su constitución y su cancelación) representa una unidad a efectos tributarios cuando queda sujeto a gravamen, es innegable que dentro del mismo subyacen dos actos: de una parte el préstamo; y, de otra, la hipoteca en garantía de la devolución de aquel. Ello determina la existencia de dos interesados o «adquirentes»: de una parte el prestatario respecto del préstamo; y, de otra, el acreedor hipotecario respecto de la hipoteca. Cabe deducir por tanto la existencia de una regla general y de otra especial, las cuales han de completarse además con lo señalado en el artículo 4 del TR respecto de aquellos supuestos relativos a una pluralidad de convenciones.

<sup>39</sup> Y es que, aun cuando en un primer momento pudiera pensarse que la condición de adquirente había de predicarse del acreedor hipotecario (como titular que es del derecho de garantía cuya inscripción origina la sujeción a la cuota variable), tanto la jurisprudencia del TS (entre otras, sentencias de 22 de abril de 1988 y de 25 de septiembre de 1989 y, más recientemente, de 1 de julio de 1998, 21 de enero de 1999, 7 y 23 de octubre de 2000 y de 27 de junio de 2002) como la propia doctrina del TEAC (entre otras, sus Resoluciones

Recuérdese, no obstante que, para que el prestatario adquiera la consideración de sujeto pasivo de la cuota gradual de AJD, ha de tratarse de un préstamo hipotecario sujeto al IVA y no a la Modalidad de TPO.

de 17 de febrero y de 2 de octubre de 1991, de 8 de junio de 1995 y de 28 de abril de 2004) defendían, por el contrario, que la condición de sujeto pasivo debía recaer en el prestatario, que ostenta la condición de beneficiario del préstamo, entendido este último como negocio jurídico principal del que la hipoteca tiene carácter accesorio. En efecto, en el préstamo hipotecario la hipoteca adquiere un carácter accesorio respecto del contrato principal, que es el préstamo; por tanto, a pesar de que el fundamento de la sujeción a la cuota gradual se halle en la constitución de la hipoteca (inscribible como es sabido en el Registro de la Propiedad) y no en la del préstamo, se considera adquirente al prestatario por la adquisición del préstamo (operación principal) y no al prestamista por la adquisición de la garantía (operación accesoria y subordinada a la principal, de la que depende). En suma, al amparo de este criterio se está atribuyendo el carácter de adquirente y, por tanto, de sujeto pasivo, a quien lo es del dinero, esto es, al prestatario, dada la accesoria de la hipoteca y teniendo presente que lo que se inscribe es el préstamo, aunque lo sea con garantía hipotecaria, circunstancia esta que permite la inscripción. En un sentido contrario, véase VILLARÍN LAGOS, M., en la obra colectiva *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, *ob. cit.*, pág. 493, para quien la constitución de hipoteca es lo que ocupa el primer plano en la consideración tributaria desplazando al préstamo, con lo que el sujeto pasivo debería ser el prestamista acreedor hipotecario entendido como adquirente que «adquiere» o se beneficia de la hipoteca. De este modo, y siguiendo la misma lógica, considera la citada autora que en los supuestos de escrituras de cancelación de hipoteca el verdadero interesado o beneficiario y, por lo tanto, el sujeto pasivo del tributo deberá ser el hipotecante. En palabras de la autora: «*Lo que no tiene sentido, como viene ocurriendo, es que el sujeto pasivo tanto de la constitución del préstamo hipotecario como de la operación contraria —la cancelación de la hipoteca en garantía del préstamo— sea exactamente la misma persona, esto es, el prestatario hipotecante en la mayor parte de los casos (...)* El prestatario no siempre es quién garantiza la devolución del préstamo obtenido hipotecando sus bienes, pues cabe la posibilidad de que sea un tercero quien lo haga. Pues bien en estos supuestos, si lo que determina la sujeción al tributo es la hipoteca, no es lógico que el sujeto pasivo resulte ser alguien —el prestatario— que ni siquiera participa en la realización de dicho acto jurídico». Véase, en este mismo sentido, GARCÍA GIL, J. L. y GARCÍA GIL, F. J., «Tratado del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», *ob. cit.*, pág. 457, para quienes el acto jurídico documentado que se sujetaba a tributación es la hipoteca que garantiza el préstamo ya que este último, como tal, no es inscribible en el Registro de la Propiedad; precisan concretamente estos autores lo siguiente: «*Es cierto que al inscribirse la hipoteca debe hacerse mención del préstamo, pero este no es el objeto de la inscripción, sino la hipoteca. Por lo tanto, si el documento notarial se grava porque contiene un acto jurídico inscribible en el Registro de la Propiedad, que resulta ser la hipoteca, no el préstamo, habrá que determinar quién es el beneficiario de la garantía o la persona en cuyo interés se formaliza, y en este orden de ideas no cabe duda que resulta ser el acreedor hipotecario, esto es, el prestamista*». En consecuencia, a juicio de estos autores, el criterio adoptado por los Tribunales supone determinar el sujeto pasivo en virtud de una regla que solo debe aplicarse cuando en el acto jurídico documentado celebrado no exista adquisición de un bien o de un derecho como sucede, por ejemplo, en el caso de las escrituras públicas de declaración de obra nueva, división horizontal, segregación, etc. En cambio, existiendo adquisición de un bien o derecho el sujeto pasivo ha de serlo el adquirente del mismo, que resulta ser el prestamista, al adquirir el derecho real inscribible.

Tal y como señala la DGT en su contestación a la Consulta de 11 de julio de 2007, relativa a la determinación del sujeto pasivo en aquellas operaciones consistentes en el otorgamiento de escritura de constitución de una hipoteca en garantía de un aplazamiento de deuda tributaria, hallándose dicha escritura de constitución de una hipoteca en garantía de un aplazamiento de deuda tributaria sujeta a las cuotas fija y gradual de documentos notariales de la Modalidad de AJD (no a la Modalidad TPO del ITPyAJD, al hallarse sujeta al IVA), tendrá la consideración de sujeto pasivo la Administración afianzada, quedando la operación sujeta a tributación por la cuota gradual. Ahora bien, al ser el sujeto pasivo una Administración esta queda exenta de tributación por la cuota gradual o variable de dicho concepto.

En resumen, y de conformidad con lo declarado por la DGT en su contestación a Consulta de 25 de mayo de 2009, por lo que respecta al necesario deslinde que ha de producirse entre el IVA y la Modalidad de TPO del ITPyAJD, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7.1.b) y 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/1993, tributarán como transmisión patrimonial onerosa la constitución de préstamos concedidos por quienes no tengan la condición de empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, siempre que no constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al IVA, como parecía desprenderse del escrito de consulta analizado en la citada Resolución, en el que la prestamista era una hermana que actuaba a título particular y no empresarial o profesional.

Respecto de la aplicación de la exención prevista en el ITPyAJD, partiendo de la premisa anterior, la referida operación estará sujeta a la citada Modalidad de TPO, aunque exenta de la misma en virtud de lo dispuesto en el artículo 45.I.B).15 del citado Texto Refundido que, como ya sabemos, reconoce una exención para «*Los depósitos en efectivo y los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten, incluso los representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos. La exención se extenderá a la transmisión posterior de los títulos que documenten el depósito o el préstamo, así como el gravamen sobre actos jurídicos documentados que recae sobre pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos emitidos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses, representativos de capitales ajenos por los que se satisface una contraprestación por diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento, incluidos los préstamos representados por bonos de caja emitidos por los bancos industriales o de negocios*40.

---

<sup>40</sup> Recuérdese que, por otra parte, declara el artículo 15 del citado Texto Refundido que: «*La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo*», recogiéndose así lo que se denomina el principio de la tributación unitaria del préstamo, como excepción a la regla general establecida en el artículo 4, de conformidad con el cual: «*Cuando un mismo*

Por lo que respecta al concreto supuesto analizado, en el escrito de consulta no se hacía referencia alguna al establecimiento de garantías, e incluso de la declaración de gratuidad del préstamo podría inferirse que estamos ante un préstamo simple o no garantizado, pero en cualquier caso, y por aplicación del citado artículo 15, dicha garantía no originaría liquidación alguna, no tributando más que el préstamo, exento en virtud del artículo 45.I.B) 15 del Real Decreto Legislativo 1/1993<sup>41</sup>. Y, en cuanto a la no sujeción a las Modalidades de Operaciones Societarias y Actos Jurídicos Documentados (Documento Notarial cuota variable), debe tenerse igualmente presente que, a pesar de que la constitución del referido préstamo no origine liquidación alguna por la Modalidad de TPO, sigue tratándose de una operación que, aun exenta, está sujeta a la misma, lo que determinará que en ningún caso podría estar sujetas al gravamen gradual de AJD del artículo 31.2 del Texto Refundido, al no concurrir uno de los requisitos exigidos en dicho precepto, como es que el contenido del Documento Notarial no esté sujeto al ITPyAJD por la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas o la de Operaciones Societarias.

Se refiere, a continuación, la DGT a la sujeción a la Modalidad de Actos Jurídicos Documentados cuota fija de la operación, estimando que solo en el supuesto de que el préstamo se documentase en escritura pública se produciría la sujeción a la cuota fija del Documento Notarial que, conforme al artículo 31.1 del citado Texto Refundido, grava las matrices y las copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios.

---

*documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquellas».*

<sup>41</sup> Concretamente la citada Consulta fue planteada por un sujeto que, conjuntamente con su esposa iba a realizar, para la adquisición de su primera vivienda habitual en territorio español, un contrato de préstamo personal (privado o público) con su hermana, residente en Argentina, el cual no devengaría interés alguno. La prestamista poseía una cuenta de no residente en una entidad de España, donde tenía ahorrado parte del dinero que objeto del préstamo, recibiéndose el resto por transferencia desde el exterior, a su cuenta en España. El monto aproximado del préstamo era de 290.000 euros, dependiendo el total exacto de la variación de cotización dólar-euro del dinero recibido mediante transferencia así como de los gastos bancarios derivados de la realización de la operación. En dicho contrato se estipulaba el monto total del préstamo, así como el plazo máximo de devolución y las cuotas a pagar, dejándose asimismo establecida la inexistencia de interés alguno ni de actualización del importe a devolver, realizando los prestatarios el pago de cada cuota desde sus cuentas personales a la cuenta no residente de la prestamista como prueba de los importes satisfechos. Pues bien, al hilo de la cuestión relativa a la tributación de la operación en el ITPyAJD nos recuerda la DGT que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7.1.b) y 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/1993, tributan como Transmisión Patrimonial Onerosa la constitución de préstamos concedidos por quienes no tengan la condición de empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, siempre que no constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al IVA, como parece desprenderse del escrito de consulta en el que la prestamista es una hermana que actuó a título particular y no empresarial o profesional.

Finalmente, y por lo que se refiere a la obligación de liquidar un préstamo sin intereses por el ITPyAJD, recuérdese que establece el artículo 51.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 que: «*Los sujetos pasivos vendrán obligados a presentar los documentos comprensivos de los hechos imponibles a que se refiere la presente Ley y, caso de no existir aquellos, una declaración en los plazos y en la forma que reglamentariamente se fijen*». Por su parte, el artículo 99 del Real Decreto 828/1995 añade que: «*El impuesto será objeto de autoliquidación con carácter general por el sujeto pasivo con excepción de aquellos hechos imponibles que se deriven de las operaciones participionales en las sucesiones hereditarias y se contengan en el mismo documento presentado a la Administración para que proceda a su liquidación por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*». De igual forma dispone el artículo 54.1 del citado Texto Refundido que: «*Ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en Oficina o Registro público sin que se justifique el pago, exención o no sujeción a aquél, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria*». Y, tratándose de supuestos de exención o no sujeción que no suponen ingreso alguno, establece el apartado 4 del artículo 107 del Reglamento que: «*En los supuestos en los que de la autoliquidación no resulte cuota tributaria a ingresar, su presentación, junto con los documentos, se realizará directamente en la oficina competente, que sellará la autoliquidación y extenderá nota en el documento original haciendo constar la calificación que proceda, según los interesados, devolviéndolo al presentador y conservando la copia simple en la oficina a los efectos señalados en el apartado anterior*».

### III. AMPLIACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

La ampliación de un préstamo tributa por idénticos conceptos y en las mismas condiciones que su constitución. Como única circunstancia excepcional ha de indicarse que la base imponible queda determinada en función del importe de la parte ampliada del préstamo y no por su cuantía total, teniendo en cuenta, además, que dicha parte ampliada ha de quedar cubierta con la garantía. Así lo dispone el párrafo segundo de la letra B) del apartado 1 del artículo 7 del Texto Refundido.

Pues bien, aplicando el régimen fiscal de la constitución del préstamo a su posterior ampliación, teniendo este la consideración de simple y habiendo estado sujeto pero exento de TPO, lo mismo sucedería con la ampliación ya que, como acabamos de indicar, esta debe liquidarse en los mismos términos que la constitución. Y, si el préstamo fuese hipotecario, habiendo quedado el documento notarial sujeto a la Modalidad de AJD sin exención, idéntico criterio habría de aplicarse a la escritura a través de la cual se formalizase la ampliación, si bien sobre una base constituida por la diferencia existente entre la cantidad

total garantizada después de la ampliación y aquella que hubiese sido fijada inicialmente en la constitución.

De este modo, la garantía debe extenderse a la parte ampliada del préstamo, al ser precisamente dicho aumento de la responsabilidad garantizada (no el préstamo como tal que, recuérdese, se halla exento), lo que determina la sujeción a la cuota gradual de AJD. Y en aquella escritura que documente la ampliación de préstamos con garantía la base imponible quedará integrada, no por la responsabilidad hipotecaria total, sino por la añadida con la ampliación. La fijación de la base imponible tiene lugar así atendiendo al incremento de la responsabilidad hipotecaria originado, que comprende tanto el del principal como el de los intereses, costas y demás gastos.

Por tanto, la base imponible del Impuesto no se halla integrada por la responsabilidad hipotecaria total, sino únicamente por la añadida a resultas de la ampliación. Tal y como establece la DGT, entre otras, en contestación a la Consulta de 16 de noviembre de 2004 (emitida además tras la modificación llevada a cabo en el artículo 30.1 del TR<sup>42</sup>), «*El importe de la base imponible*

<sup>42</sup> Con anterioridad a la reforma llevada a cabo por el artículo 5.uno de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, señalaba este artículo 30.1 del Texto Refundido (art. 69.1 del Reglamento) que en las primeras copias de escrituras públicas que tuviesen por objeto cantidad o cosa valiosa serviría de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa, añadiendo a continuación el citado precepto en sus apartados 2 y 3 lo siguiente: «2. En las actas notariales se observará lo dispuesto en el apartado anterior, salvo en las de protesto, en las que la base imponible coincidirá con la tercera parte del valor nominal del efecto protestado o de la cantidad que hubiera dado lugar al protesto. 3. Se entenderá que el acto es de objeto no valioso cuando durante toda su vigencia, incluso en el momento de su extinción, no pueda determinarse la cuantía de la base. Si esta no pudiese fijarse al celebrarse el acto, se exigirá el impuesto como si se tratara de objeto no valioso, sin perjuicio de que se complete la liquidación cuando la cuantía quede determinada». Así las cosas, y por lo que respecta a las operaciones objeto de nuestro estudio, la base imponible consistirá, tratándose de escrituras públicas en general (primeras copias), por el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa; y, en el caso de las actas notariales, por el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa. Por su parte las reglas especiales quedaban recogidas exclusivamente en el artículo 70 del RITPyAJD en relación con diversos supuestos, concretándose respecto de cada uno de ellos que había de entenderse por «contenido valioso» a efectos de fijar la base imponible. Ahora bien la modificación operada en el artículo 30.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 por la Ley 53/2002 determinó la inclusión en dicho apartado de otras reglas especiales, presentando su actual redacción el siguiente tenor: «En las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto directo cantidad o cosa valiosa serviría de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa. 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. En la posposición y mejora de rango de las hipotecas o de cualquier otro derecho de garantía, la base imponible estará constituida por la total responsabilidad asignada al derecho que empeore el rango. En la igualación de

*debe fijarse en función del incremento de la responsabilidad hipotecaria, es decir, por el importe del principal ampliado más los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos»<sup>43</sup>.*

¿Qué régimen habría de aplicarse a la escritura pública de ampliación de un préstamo hipotecario realizada por una entidad financiera, que resultase ser sujeto pasivo del IVA? En el presente caso, y de conformidad con lo declarado por la DGT en su Resolución de 27 de octubre de 2008, dicha escritura pública quedará sujeta a la cuota gradual de la Modalidad de AJD (Documento Notarial), al cumplirse los requisitos estipulados al efecto en el artículo 31.2 del TRLITPyAJD. Por lo que respecta a la base imponible, la misma no quedará integrada por la responsabilidad hipotecaria total, sino tan solo por la añadida en la ampliación, entendiéndose que la base imponible debe ser fijada en función del incremento de la responsabilidad hipotecaria, esto es, por el importe del principal ampliado más los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos. Añade además la DGT, refiriéndose al régimen que resultaría aplicable a aquella escritura pública en virtud de la cual se formalizase la novación modificativa de un préstamo hipotecario consistente en el cambio de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado y la ampliación del plazo, que la citada escritura pública formalizada de común acuerdo entre deudor y acreedor, siempre que este último lo sea una entidad financiera de las referidas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario, estará exenta de la cuota gradual de Actos Jurídicos Documentados (Documentos Notariales) del ITPyAJD.

Recuérdese, además, que aquellas escrituras públicas que documentan la ampliación del plazo de los préstamos con garantía hipotecaria concedidos para la adquisición, construcción y rehabilitación de la vivienda habitual no se hallan

---

*rango la base imponible se determinará por el total importe de la responsabilidad correspondiente al derecho de garantía establecido en primer lugar».*

<sup>43</sup> Con anterioridad a la modificación efectuada en el artículo 30.1 del Texto Refundido esta misma línea de interpretación había sido defendida por la DGT, entre otras, en contestaciones a las Consultas de 27 de noviembre de 2002, 21 de septiembre de 2001, 12 de enero y 3 de julio de 2000, 21 de noviembre de 1997 y 5 de diciembre de 1996. Véanse igualmente a este respecto las Resoluciones del TEAC de 22 de septiembre de 1994 y de 20 de junio de 1996 y, más recientemente, de 12 de marzo de 2008, en la que se afirma que la ampliación del préstamo hipotecario formalizada en escritura constituye hecho imponible de la Modalidad de TPO, mientras que la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas partes del edificio que resulten de una operación de segregación y de división horizontal del inmueble constituirá hecho imponible sujeto en concepto de Documento Notarial, por la escritura que se protocoliza, la cual ha de cumplir la totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 31.2 del TRLITPyAJD. Adicionalmente en el supuesto analizado por el TEAC la escritura proveía a la distribución de una responsabilidad hipotecaria anteriormente constituida y que, en consecuencia, no podía vincularse desde un punto de vista fiscal con un préstamo porque la accesoria de la hipoteca respecto del préstamo quedaba limitada a su constitución, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15.1 del Texto Refundido.

sujetas a gravamen por la cuota fija IAJD de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto-ley 2/2008, de medidas de impulso a la actividad económica<sup>44</sup>. Así tuvo ocasión de precisarlo la DGT en su contestación a la Consulta de 17 de julio de 2008, ya analizada, añadiendo además el citado Centro Directivo que dichas escrituras no se hallan incluidas en el supuesto de excepción de la obligación de presentación en las Oficinas Liquidadoras a que se refiere el artículo 54.2.c) del TRLITPyAJD que, como es sabido, exonera de tal obligación a las copias de las escrituras y actas notariales que no tengan por objeto cantidad o cosa valuable, ya que dichas escrituras públicas sí que tienen tal objeto, siendo el acto de contenido valuable el que motiva la inscripción registral de la hipoteca. Por lo que a la cuota gradual se refiere, como ya se ha indicado, el contenido valuable que constituya la base imponible de la ampliación del plazo del préstamo hipotecario vendrá determinado por el correspondiente a la modificación de la suma total garantizada, que no tributó previamente<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Señala concretamente la Disposición Adicional Segunda del citado Real Decreto-ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica, titulada «No sujeción al gravamen establecido en el artículo 31.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de las escrituras públicas de novación de préstamos con garantía hipotecaria que se refieran a la ampliación del plazo del préstamo» que: «*No obstante lo previsto en el apartado 1 del artículo 31 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, no quedarán sujetas a dicho gravamen y se extenderán en papel común las escrituras públicas que documenten la ampliación del plazo de los préstamos con garantía hipotecaria concedidos para la adquisición, construcción y rehabilitación de la vivienda habitual realizadas en el periodo de dos años a contar desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.*

<sup>45</sup> Véase, en este mismo sentido, la contestación de la DGT a Consulta de 14 de julio de 2008, en la que se declaró igualmente que aquellas escrituras públicas que documentan la ampliación del plazo de los préstamos con garantía hipotecaria concedidos para la adquisición, construcción y rehabilitación de la vivienda habitual no están exceptuadas de la obligación de presentación en las Oficinas Liquidadoras. En opinión del citado Centro Directivo «*Sí, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54.2.c) del TRLITPyAJD, quedan exceptuados de la obligación de presentación en las Oficinas Liquidadoras las copias de las escrituras y actas notariales que no tengan por objeto cantidad o cosa valuable, aquellas escrituras públicas que documenten la ampliación del plazo de los préstamos con garantía hipotecaria concedidos por la adjudicación, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual realizadas en el periodo de dos años a contar desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica, no quedarán exoneradas de la obligación de presentación ante la oficina liquidadora.*

En parecidos términos se pronuncia el citado Centro Directivo en su contestación a la Consulta de 25 de mayo de 2009, a través de la cual se planteaba la cuestión relativa a si aquellas escrituras públicas mediante las cuales se formaliza la constitución o ampliación del periodo de carencia de un préstamo hipotecario pueden tener derecho a la aplicación de los beneficios fiscales regulados en los artículos 7 y 9 de la Ley 2/1994. En concreto, se consultaba si el establecimiento o la ampliación de un plazo de carencia, referido al capital o a los intereses de un préstamo hipotecario, puede considerarse incluido en el concepto de «alteración del plazo del préstamo» al que se refiere el artículo 9 de la citada Ley 2/1994. A juicio de la DGT el establecimiento o ampliación de un plazo de carencia en un préstamo hipotecario tiene la consideración de alteración del plazo del préstamo a efectos de lo previsto en el citado artículo 9 de la Ley

Las escrituras de novación de préstamos hipotecarios se hallan exentas de la cuota gradual de AJD Documento Notarial. En efecto dispone el artículo 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en su redacción actual otorgada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que: «*Estarán exentas en la modalidad gradual de Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, siempre que el acreedor sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1.º de esta Ley y la modificación se refiera a las condiciones del tipo de interés, inicialmente pactado o vigente. Conjuntamente con la modificación del tipo se podrá pactar la alteración del plazo.*

A la hora de determinar los documentos que deben presentarse a liquidación, habrá de tener presente lo dispuesto por el citado artículo 54.2, letra c), del TRLITPyAJD, de conformidad con el cual: «*No será necesaria la presentación en las Oficinas Liquidadoras de (...) c) Las copias de las escrituras y actas notariales que no tengan por objeto cantidad o cosa valorable y los testimonios notariales de todas clases, excepto los de documentos que contengan actos sujetos al impuesto si no aparece en tales documentos la nota de pago, de exención o de no sujeción*». Nótese, por tanto, que la clave para determinar si una escritura pública en concreto debe presentarse en la Oficina Liquidadora estriba en comprobar si su objeto es cantidad o cosa valorable. Y, a este respecto, precisa el apartado 3 del artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/1993 qué debe entenderse por tal (es decir, por «cantidad o cosa valorable») del siguiente modo: «*Se entenderá que el acto es de objeto no valuable cuando durante toda su vigencia, incluso en el momento de su extinción, no pueda determinarse la cuantía de la base. Si esta no pudiese fijarse al celebrarse el acto, se exigirá el impuesto como si se tratara de objeto no valuable, sin perjuicio de que la liquidación se complete cuando la cuantía quede determinada.*

Resulta, pues, necesario examinar la regulación de la base imponible de la cuota gradual para comprobar si en las escrituras públicas que documentan la ampliación del plazo de un préstamo hipotecario puede determinarse, en algún momento de la vida del referido préstamo hipotecario, la cuantía de la base imponible.

Como ya hemos tenido ocasión de analizar, la base imponible de la cuota gradual de la Modalidad AJD Documento Notarial del ITPyAJD está regulada en el artículo 30 del Real Decreto Legislativo 1/1993, cuyo apartado 1, párrafo primero establece lo siguiente: «*En las primeras copias de escrituras públicas*

---

2/1994. Y aquellas escrituras públicas en las que se formalice la constitución o ampliación del periodo de carencia del préstamo pueden tener derecho a la aplicación de los beneficios fiscales regulados en el citado artículo 9 de la referida Ley 2/1994, siempre que concurran los demás requisitos legales exigidos.

*que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuble servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa. 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».*

A priori, habiéndose concertado una ampliación del plazo del préstamo hipotecario parece claro que, en principio, la escritura pública a través de la cual se formalice dicha ampliación del plazo no tendrá por objeto cantidad o cosa valuble, ya que el contenido valuble (la suma total garantizada) ya tributó en la constitución del préstamo hipotecario. O, dicho de otro modo, como se indica en la Resolución de la Dirección General de Tributos, de 14 de octubre de 1994: «*(...) El acto de contenido valuble que motiva la inscripción registral es la hipoteca, y el impuesto se exige sobre la base de las cantidades garantizadas por el derecho real de hipoteca*». Ahora bien, esta afirmación solo es cierta si la base imponible no se modifica. En otras palabras, la escritura pública de ampliación del plazo del préstamo hipotecario no tendrá por objeto, a efectos de la cuota gradual de AJD Documento Notarial, cantidad o cosa valuble si la suma total garantizada por todos los conceptos no varía.

Sin embargo esto no será así en el caso contrario, que es lo habitual, en tanto en cuanto la ampliación del plazo conlleva en general el devengo de nuevos intereses y, en consecuencia, una modificación de la suma total garantizada. Y si se modifica la suma total garantizada la escritura pública sí que tendrá un contenido valuble, precisamente el correspondiente a la modificación de la suma total garantizada, que no ha tributado previamente<sup>46</sup>.

A mayor abundamiento, y como argumento definitivo e incontestable al postulado de que la escritura pública que documenta la ampliación del plazo de un préstamo hipotecario tiene por objeto cantidad o cosa valuble, se encuentra el hecho de la mera existencia de la exención de la cuota gradual de AJD Documento Notarial, anteriormente aludida y regulada en el artículo 9 de la Ley 2/1994. Y es que, si existe una exención de la cuota gradual para la novación modificativa de los préstamos hipotecarios que cumplan los requisitos de la referida Ley 2/1994 (uno de cuyos supuestos es precisamente la alteración del plazo del préstamo hipotecario), será debido a que tales escrituras públicas están

---

<sup>46</sup> El acto de contenido valuble que motiva la inscripción registral es la hipoteca, exigiéndose el Impuesto sobre la base de las cantidades garantizadas por el derecho real de hipoteca y quedando constituida la base imponible 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.

sujetas a la cuota gradual, ya que en caso de no sujeción (por falta de contenido valorable) no se precisaría exención alguna. En consecuencia, las escrituras públicas que documenten la ampliación del plazo de los préstamos con garantía hipotecaria concedidos para la adquisición, construcción y rehabilitación de la vivienda habitual no están incluidas en el supuesto de excepción de la obligación de presentación en las Oficinas Liquidadoras a que se refiere el artículo 54.2.c) del TRLITPyAJD, que exonera de tal obligación a las copias de las escrituras y actas notariales que no tengan por objeto cantidad o cosa valuable, ya que dichas escrituras públicas sí tienen tal objeto.

Tal y como señala la DGT en su contestación a la Consulta de 1 de abril de 2009, tratándose de una operación de ampliación de un préstamo hipotecario redistribuyendo la carga hipotecaria a consecuencia de una nueva división horizontal, su base imponible a efectos del ITPyAJD no estará constituida por la responsabilidad hipotecaria total, sino tan solo por la añadida en la ampliación, entendiéndose que la base imponible debe fijarse en función del incremento de la responsabilidad hipotecaria, es decir, por el importe del principal ampliado más los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos.

Y, por lo que respecta a la redistribución de la carga hipotecaria del préstamo, dado que el objeto valuable lo constituye la propia hipoteca que se redistribuye, esta será la base sobre la que deberá girarse el gravamen gradual del documento notarial. En consecuencia la base imponible estará constituida por la suma del valor inicial del préstamo más el de la ampliación del mismo, los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos, ya que el acreedor podrá repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las fincas adquiridas.

Por su parte, en su Resolución de 26 de mayo de 2009, se planteó la DGT la cuestión relativa a si las escrituras públicas a través de las cuales se formaliza la constitución o ampliación del periodo de carencia de un préstamo hipotecario pueden tener derecho a la aplicación de los beneficios fiscales establecidos en los artículos 7 y 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. Concretamente se consultaba si el establecimiento o la ampliación de un plazo de carencia, referido al capital o a los intereses de un préstamo hipotecario, puede considerarse incluido dentro del concepto de «alteración del plazo del préstamo» al que se refiere el artículo 9 de la citada Ley.

Tal y como resolvió el citado Centro Directivo tendrían derecho a la aplicación de los beneficios fiscales de la Ley 2/1994 aquellas escrituras públicas a través de las cuales se formalizase la constitución o ampliación del periodo de carencia de un préstamo hipotecario. Y el establecimiento o la ampliación del llamado periodo de carencia de un préstamo supone la exoneración del cumplimiento de la obligación a cargo del prestatario de satisfacer los intereses

y de la devolución del principal del préstamo durante un determinado periodo temporal. En consecuencia aquellas escrituras públicas a través de las cuales se formalice la constitución o ampliación del periodo de carencia de un préstamo hipotecario podrán tener derecho a la aplicación de los beneficios fiscales regulados en el artículo 9 de la citada Ley 2/1994, siempre que concurran los restantes requisitos legales al efecto<sup>47</sup>.

En resumen, la escritura pública de ampliación de préstamo hipotecario reúne el conjunto de requisitos previstos en el artículo 31.2 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para poder quedar sometida al gravamen gradual de Actos Jurídicos Documentados. Y, por lo que respecta a la determinación de su base imponible, su importe se fijará atendiendo al incremento de la responsabilidad hipotecaria, es decir, por el importe del principal de la ampliación, más los intereses pactados y las cantidades estipuladas para costas y gastos<sup>48</sup>.

Igualmente el TEAC ha tenido ocasión de referirse a la tributación de estas operaciones consistentes en la ampliación de un préstamo hipotecario y distribución de la responsabilidad hipotecaria, entre otras, en su Resolución de 2 de diciembre de 2009. Concretamente a través de dicha Resolución se analizaba la cuestión relativa a la determinación de la base imponible del ITPyAJD en los casos de ampliación del préstamo hipotecario y redistribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas resultantes de una declaración de obra nueva y división horizontal.

Tal y como se encargó de recordar el TEAC, en lo que respecta a la distribución de la responsabilidad hipotecaria, su tributación por la cuota gradual del concepto Actos Jurídicos Documentados (Documentos Notariales) fue ya refrendada en su día por el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de octubre de 2003, dictada al resolver un recurso de casación en interés de ley, que fija la doctrina legal.

---

<sup>47</sup> Analizaba además la citada Resolución de la DGT, la tributación de otras dos operaciones de modificación de las cuestiones de un préstamo hipotecario. En primer lugar, la cuestión relativa al régimen de tributación aplicable a una operación consistente en el otorgamiento de una escritura pública en la que se formaliza la ampliación de un préstamo hipotecario concedido por una entidad financiera, estimando el citado Centro Directivo que dicha operación estará sujeta a la cuota gradual de la Modalidad de Actos Jurídicos Documentados, Documentos Notariales, quedando integrada la base imponible por la responsabilidad hipotecaria añadida en la ampliación, es decir, por el importe del principal ampliado, más los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos. Y, en segundo término, el otorgamiento de escrituras públicas que documentan la ampliación del plazo de los préstamos con garantía hipotecaria, señalándose en el presente caso que el acto de contenido valioso que motiva la inscripción registral es la hipoteca. En dicha ampliación del plazo del préstamo hipotecario el contenido valioso que constituirá la base imponible de la cuota gradual de AJD, Documentos Notariales, será el correspondiente a la modificación de la suma total garantizada, que no ha tributado previamente.

<sup>48</sup> Véase, en este sentido, la contestación de la DGT a la Consulta de 8 de junio de 2010.

En el presente supuesto, en la ampliación del crédito con garantía hipotecaria, la base imponible estaría constituida por el incremento patrimonial que se deriva de la ampliación, si bien estaba exento. Y, en cuanto a la tributación de la redistribución de la responsabilidad hipotecaria, debería haberse practicado liquidación por la redistribución de la inicial hipoteca constituida sobre las primitivas parcelas, sobre las que posteriormente, tras ser agrupadas, se realizó la obra nueva y la división horizontal, es decir la liquidación estaría integrada, exclusivamente por el importe total garantizado por la hipoteca constituida en escritura pública (crédito hipotecario inicialmente concedido), ya que la redistribución de la responsabilidad hipotecaria se limitó a la cantidad inicialmente garantizada sobre las fincas que posteriormente se agregaron en una, siendo el resto una ampliación de la hipoteca (modificación que produce un incremento patrimonial en el acreedor hipotecario y que, por tanto, debería tributar como ampliación de derecho) ampliación que recayó sobre el único objeto existente en el momento en que se produjo, como fue el resultado de la declaración de obra nueva y división horizontal del edificio construido sobre el solar que resultó de la agregación de las fincas primitivas, siendo absolutamente necesario e imprescindible, en lo que respecta a la ampliación de la hipoteca, de conformidad con los artículos 119 de la Ley Hipotecaria y 216 del Reglamento, determinar la cantidad o parte de gravamen de que cada una de las fincas debía responder.

De este modo concluyó el TEAC que no se estaba en realidad ante un supuesto de distribución voluntaria, motivo por el cual no resultaba posible hablar de la existencia de un negocio jurídico autónomo, ya que dicha responsabilidad nace necesariamente distribuida, no existiendo más que un hecho imponible que es la ampliación del préstamo hipotecario. Así las cosas, con motivo de la operación consistente en la redistribución de la responsabilidad hipotecaria estimó el TEAC que la base imponible habría de quedar integrada por el importe del préstamo inicial que se redistribuye más los intereses y costas correspondientes<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Acerca de la tributación de estas operaciones de ampliación de un préstamo hipotecario, puede consultarse igualmente la sentencia del TSJ de Madrid, de 14 de diciembre de 2009, a través de la cual se analizó un concreto supuesto de autos en el que la parte demandante sostenía que la escritura pública de ampliación del préstamo hipotecario inicialmente concedido no debía tributar por AJD por el total importe del crédito hipotecario ya que, al haber satisfecho ya el referido impuesto por el importe del préstamo concedido en un principio, ahora ya no procedía exigir el Impuesto sino por la cantidad en que se amplió. Por su parte la Administración consideró que existían dos hechos imponibles diferentes, ampliación del préstamo hipotecario y distribución de aquel entre nuevas y distintas fincas. De conformidad con lo declarado por el Tribunal en el supuesto de autos debía desestimarse el recurso, ya que la escritura pública objeto de controversia no se limitó a la ampliación del crédito hipotecario sino que también modificaba el importe de la garantía hipotecaria y lo distribuía entre determinadas fincas resultantes de la previa declaración de obra nueva y división horizontal, quedando otras liberadas de la citada carga.

#### IV. CANCELACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

De acuerdo con lo establecido en el artículo 7.1.B) del TRITPyAJD, solo constituye hecho imponible de la Modalidad de TPO la constitución de derechos reales, pero no las sucesivas fases de la vida de estos, salvo cuando determinen una ampliación posterior de su contenido<sup>50</sup>.

La simplificación llevada a cabo en el aspecto material del hecho imponible resulta pues clara. Ahora bien, conviene no olvidar que las alteraciones subjetivas operadas en la titularidad de los derechos gravados (caso, por ejemplo, de las cesiones o de las subrogaciones) quedan sujetas a gravamen como transmisiones de derechos, de acuerdo con lo dispuesto en la letra A) del artículo 7.1 del Texto Refundido<sup>51</sup>.

Por otra parte, y como bien ha precisado MUÑOZ DEL CASTILLO<sup>52</sup>, cabe plantearse hasta qué punto la indeterminación que caracteriza a la configuración del concepto de «ampliación» del contenido de los derechos puede llegar a originar que vuelvan a tributar determinadas vicisitudes de los actos y negocios jurídicos gravados (esto es, diversas alteraciones objetivas), al margen de que la intención del legislador sea la de someter a gravamen únicamente las relaciones jurídicas constitutivas de los derechos. Así podría suceder, por ejemplo, tratándose de modificaciones de la cuantía de una pensión o de la prórroga de un arrendamiento o de una fianza.

En todo caso, la extinción de los derechos reales (entre los que se incluye la cancelación de la hipoteca) no constituye hecho imponible por la primera de las Modalidades del Impuesto, con independencia de que se trate de un préstamo concedido por un particular o por una entidad financiera. Ello implica, a su vez, la aplicación del artículo 31.2, dado que ha de documentarse necesariamente en escritura pública para permitir su acceso al registro.

A este respecto, precisa el artículo 74.3 del Reglamento del Impuesto que: «*Al mismo gravamen gradual de actos jurídicos documentados quedarán sujetas las primeras copias de escrituras notariales que documenten la extinción de préstamos de cualquier clase, siempre que sean inscribibles en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil.*

---

<sup>50</sup> Tal y como precisa MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L., «Artículo 7», en la obra colectiva *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Thomson-Civitas, 2004, pág. 109, ya con anterioridad la Ley de 21 de junio de 1980 optó por no considerar como actos sujetos determinadas alteraciones de los actos y negocios jurídicos. Así sucedía, por ejemplo, con la modificación, prórroga, transmisión y extinción de los actos y negocios jurídicos gravados. En cambio la extinción sí que constituía hecho imponible por la Modalidad de TPO en el antiguo TR de 1967.

<sup>51</sup> Así se deriva, además, de la regulación contenida en los artículos 11 y 16 del Real Decreto Legislativo 1/1993.

<sup>52</sup> MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L., «Artículo 7», *ob. cit.*, pág. 109.

Aquellas escrituras notariales que documenten la extinción de préstamos hipotecarios se encuentran sujetas al gravamen gradual, dado que son inscribibles en el Registro de la Propiedad. Y ello debido a que, a diferencia de lo que sucede respecto de la constitución, la cancelación de préstamos no tributa en ningún caso por la Modalidad Transmisión Patrimonial Onerosa, puesto que ni la extinción de préstamos ni la de derechos reales (cancelación de hipoteca) constituye hecho imponible de dicha Modalidad. Por tanto, siendo el préstamo hipotecario la cancelación de la garantía habría de formalizarse en escritura pública para tener acceso al Registro, reuniendo el documento notarial todos los requisitos exigidos al efecto por el artículo 31.2 del TR para ser gravado por la Modalidad de AJD, cuota variable.

Todas las cancelaciones de préstamos hipotecarios quedarán pues sujetas a la cuota gradual, con independencia de la condición del prestamista. La condición de sujeto pasivo recaería sobre el prestatario, es decir, sobre aquella persona en cuyo interés se expide la escritura, liberándose así de gravamen su propiedad.

Hasta el 31 de diciembre de 2000, la base imponible derivada de estas operaciones de cancelación de la hipoteca se calculaba de la misma forma que en los supuestos de constitución de préstamo hipotecario, quedando integrada la misma por el valor total de la obligación garantizada (principal, intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento, etc.)<sup>53</sup>.

Ahora bien, con efectos desde el día 1 de enero de 2001 la cancelación de préstamos hipotecarios disfruta de exención en el Impuesto, de acuerdo con lo establecido en el número 18 del artículo 45.I.B) del Texto Refundido, introducido a través del artículo 6.2 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Declara concretamente este número 18.<sup>º</sup> del citado precepto que quedan exentas: «*Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase, en cuanto al gravamen gradual de la modalidad Actos Jurídicos Documentados que grava los documentos notariales*»<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Así tuvo oportunidad de precisarlo el TS, entre otras, en sus sentencias de 24 de febrero de 1996, 21 de mayo de 1998 y 30 de octubre de 1999. Más recientemente puede consultarse la STSJ de Castilla y León, de 21 de mayo de 2008, relativa a los criterios de determinación de la base imponible del IAJD derivada de los préstamos hipotecarios en los supuestos de cancelación parcial, y en la que se declara que en los supuestos de cancelación parcial de préstamos hipotecarios la base imponible del IAJD no viene determinada por la suma de las cantidades garantizadas en su día (en el presente caso, el principal, los intereses, las costas y los gastos), a pesar de que ello pudiera considerarse correcto en los supuestos de constitución del crédito hipotecario, y tampoco por la diferencia resultante entre el total responsabilizado en su día y aquel que hubiese quedado pendiente de amortización. Dicha base vendría determinada por la parte del principal del préstamo, así como por los intereses devengados dicha suma hasta la fecha actual.

<sup>54</sup> Véase, a este respecto, entre otras, la contestación de la DGT a la Consulta de 7 de mayo de 2007, en la que se afirma que está exenta del Impuesto la cancelación de hipotecas. Tal y como precisa el citado Centro Directivo: «*La escritura pública de cancelación de una*

En la actualidad, por tanto, los documentos notariales de cancelación de hipoteca no se encuentran sujetos a la Modalidad de AJD, cuota variable. Todos los documentos notariales formalizados con efectos desde el 1 de enero de 2001, fecha de entrada en vigor de la Ley 14/2000, que contengan cancelación de hipotecas de cualquier clase gozan de exención por la Modalidad de AJD, cuota variable. Piénsese, además, que falta el requisito exigido en el artículo 31.2 del Texto Refundido consistente en tener por objeto cantidad o cosa valiosa ya que, con carácter previo ha quedado cumplida la obligación garantizada, constituyendo una realidad la cancelación económica.

A través de su sentencia de 23 de marzo de 2009 analizó el TSJ de Murcia una operación en virtud de la cual la parte actora impugnó el documento que se pretendía liquidar, al estimar que no reunía ninguna de las características establecidas en el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. Sostenía la recurrente que en el concreto supuesto de autos analizado no se producía acto inscribible alguno de los que menciona el artículo 31.2 de la Ley del Impuesto, señalándose además que la cancelación de las hipotecas se solicitó no en la escritura de dación, sino en un documento privado dirigido al registrador de la Propiedad. Pues bien, a juicio del Tribunal si se atiende a las cláusulas contenidas en la escritura pública se observa que en la escritura en cuestión no existe solicitud de cancelación de la hipoteca, sino que la cancelación se produjo a través de una instancia dirigida al registrador de la Propiedad.

Como es sabido, las inscripciones efectuadas en virtud de una escritura pública no se cancelan sino por otra escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona para la cual se hubiere hecho la inscripción. No obstante, y como excepción a esta regla general, se autoriza la cancelación prescindiendo del negocio *ad hoc* o del llamado «principio del consentimiento formal», pudiendo efectuarse la cancelación sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la ley o resulte del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción; es decir. Tiene lugar así la regulación de una cancelación automática y de oficio.

La extinción legal viene establecida en el artículo 1192 del Código Civil, de conformidad con el cual queda extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor. Debido a ello el artículo 190 del Reglamento Hipotecario, cuando regula la cancelación de un derecho inscrito porque el mismo se haya extinguido por confusión de derechos, no exige necesariamente un asiento especial de cancelación ni la prestación de consentimiento o declaración de voluntad, sino una mera solicitud al registrador que practicará la cancelación en el mismo asiento del que resulte la extinción

---

*hipoteca sobre una vivienda está sujeta pero exenta a la cuota gradual de la Modalidad de AJD, encargada de sujetar los Documentos Notariales».*

por confusión, extendiendo nota de referencia al margen de la inscripción cancelada. En consecuencia, si la Ley no exige un negocio jurídico *ad hoc* para la cancelación de una hipoteca por confusión de derechos, sino una mera solicitud al registrador (que es lo que se produjo en el supuesto de autos analizado), resulta claro que no concurre uno de los requisitos contenidos en el artículo 31 del Texto Refundido del Impuesto, cual es la inexistencia de una primera copia de escritura o acta notarial.

A la determinación de la base imponible a efectos del Impuesto en estas operaciones de cancelación de préstamos hipotecarios se refirió igualmente el TSJ de Andalucía en su sentencia de 4 de septiembre de 2009, señalándose al efecto que la base imponible para el IAJD no viene determinada por la suma de las cantidades garantizadas en su día (en el presente caso el principal, intereses, costas y gastos), sino por la cantidad que efectivamente fue amortizada con antelación al vencimiento del préstamo por el sujeto pasivo, tal y como declaró el TS en su sentencia de 28 de diciembre de 2002, a la que se remite la de 6 de octubre de 2004<sup>55</sup>.

Ni que decir tiene que la exención se aplica tanto a las cancelaciones totales como a las parciales, y tanto a las hipotecas inmuebles como a las muebles. En este sentido el precepto se limita a aludir a la «cancelación de hipotecas de cualquier clase».

Téngase presente, para finalizar, que goza igualmente de exención el documento notarial a través del cual se formaliza la cancelación de la condición resolutoria explícita a la que eventualmente pueda sujetarse la compraventa de un bien inmueble. Y ello debido a que presentan el mismo régimen tributario las operaciones de constitución de hipoteca en garantía del precio aplazado en la compraventa de un bien inmueble y las de constitución de condición resolutoria explícita<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> En el concreto supuesto de autos analizado de la escritura pública de cancelación parcial de hipoteca resultaba que la demandante había abonado a la entidad prestamista la cantidad de 1.000.000.000 de las antiguas pesetas, por lo que estimó el Tribunal que dicha cantidad debía considerarse la base imponible del Impuesto, como figura en la autoliquidación presentada en su día. Lo contrario llevaría al absurdo de que, producidas varias cancelaciones parciales, en todas ellas se tomara como base imponible el importe originario del préstamo.

<sup>56</sup> De hecho, en la medida en que el documento notarial a través del cual se cancela la condición resolutoria explícita en el Registro de la Propiedad suele ser un acta notarial (al igual que suele plantearse en los supuestos de cancelación de hipotecas), cabría pensar que la redacción de este artículo 45.I.B).18.<sup>º</sup> del TR resulta incorrecta, al referirse únicamente a las escrituras notariales.

**RESUMEN**

*IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES  
PATRIMONIALES  
IMPUESTO SOBRE ACTOS  
JURÍDICOS DOCUMENTADOS  
CUOTA VARIABLE  
PRÉSTAMO HIPOTECARIO*

*El presente artículo tiene por objeto analizar, tomando como punto de referencia la importante y más reciente doctrina jurisprudencial y administrativa elaborada al respecto, la tributación de los préstamos hipotecarios en la cuota gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. A tal efecto el autor centra su análisis en las operaciones de constitución, ampliación y cancelación de préstamos hipotecarios, siendo objeto de estudio además diversas cuestiones conflictivas tales como, por ejemplo, el régimen fiscal aplicable a aquellas operaciones de ampliación de un préstamo hipotecario redistribuyendo la carga hipotecaria a consecuencia de una nueva división horizontal o a las operaciones en las que se produce la subrogación en un préstamo con garantía hipotecaria, además de fianza.*

**ABSTRACT**

*TRANSFER TAX  
STAMP DUTY  
VARIABLE FEE LOAN  
MORTGAGE LOAN*

*This article aims to analyze, taking as reference the most recent and important case law and administrative elaborate on the taxation of mortgages in the share-out of stamp duty tax. To this end the author focuses his analysis on the operations of establishment, expansion and cancellation of mortgage loans, also being studied various contentious issues such as, for example, the tax regime applicable to those operations to extend a mortgage redistributing mortgage burden as a result of a new horizontal division or operations in which the substitution occurs in a home equity loan, plus deposit.*

*(Trabajo recibido el 26-11-2012 y aceptado para su publicación el 1-4-2013)*