

### ▶▶ NOVEDADES NORMATIVAS

Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria ..... 2

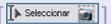
### ▶▶ TRIBUNAL SUPREMO: DOCTRINA LEGAL

Tributación del avalista por IVA y por ITPAJD ..... 3

### ▶▶ CONSULTAS OL

- Tributación de la donación de un inmueble hipotecado con asunción expresa de la deuda por el donatario. .... 7
- Interrupción de la prescripción del derecho a liquidar por la interposición de recursos contra el apremio. .... 9
- Actuaciones a realizar ante la presentación de autoliquidación por sujeto pasivo erróneo. .... 12
- Distribución de responsabilidad hipotecaria ..... 14
- Usufructo vitalicio sucesivo ..... 18

#### BREVE GUÍA DE USO

Para navegar a través de este documento puede pulsar sobre los títulos del sumario y dirigirse así a los artículos publicados. También puede usar los controles de Acrobat []. Mediante la lupa [] puede aumentar o disminuir la visualización. Si desea encajar la vista seleccione el párrafo deseado mediante la herramienta de selección [].

### NOVEDADES NORMATIVAS: LEY 2/2010, DE 1 DE MARZO

El 8 de marzo de 2010 salió publicada en el BOE la *Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria.*

La disposición citada contiene una norma que resulta fundamental para los Registradores que asumen la condición de Liquidadores de tributos de las Comunidades Autónomas. Se trata en concreto del artículo primero con arreglo al cual se modifica *la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido*, añadiendo una letra c) al apartado dos del artículo 4, con la siguiente redacción:

*“Se entenderán realizadas en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional... c) Los servicios desarrollados por los Registradores de la Propiedad en su condición de liquidadores titulares de una Oficina Liquidadora de Distrito Hipotecario.”*

Del mismo modo se modifica en el artículo Segundo, *la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canaria* disponiendo la sujeción al IGIC, en Canarias, de «c) *Los servicios desarrollados por los Registradores de la Propiedad en su condición de liquidadores titulares de una Oficina Liquidadora de Distrito Hipotecario o de una Oficina Liquidadora Comarcal.*»

Hay que tener presente que dichas disposiciones surtirán efecto, de acuerdo con la Disposición Final Cuarta, desde el 1 de enero de 2010.

En consecuencia **todas las facturas correspondientes a servicios prestados a las Comunidades Autónomas desde el 1 de enero de 2010 deberán contener el IVA** (o IGIC en el caso de Canarias).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 2009

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida abordó en primer lugar el tema de la base por la que se ha girado la liquidación.

“A tal efecto resulta que la parte actora en la vía previa ante el Tribunal Económico Administrativo Regional nada reclamó sobre ella, por lo que ha consentido esa base en la cuantía comprobada por la Administración. Como se puede ver en el expediente de la reclamación económico-administrativa (folios 31 a 34) nada se dice sobre este problema, a diferencia de lo que se dijo en la fase de alegaciones ante la Oficina Liquidadora (folio 21 del expediente de gestión). Ante ello sólo se puede concluir que se trata de una cuestión consentida que no puede ser reabierta ahora en esta sede al no haberse planteado en la vía previa, sin que el *art. 56 de la LJ* permita otra cosa que la alegación de nuevos motivos, pero no de nuevos pedimentos, ya que implicaría una desviación por discordancia objetiva entre lo pedido en la vía previa y lo que se pide ahora en la vía judicial”.

Por lo que se refiere a si la operación de afianzamiento objeto del litigio está o no sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, y si la parte recurrente es o no sujeto obligado a su pago, el Tribunal dijo lo siguiente:

En primer lugar, frente a lo que sostiene la demanda, no se trata de un supuesto previsto en el *art. 15 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales*, ya que en el acto complejo efectuado en la escritura pública de 26 de abril de 1999 no existe préstamo alguno, sino, como ella misma titula, actos de contra garantía, constitución de prenda y afianzamiento, que se hacen precisamente como consecuencia de un acto previo de aval de la entidad recurrente a una de las entidades firmantes de dicha escritura. Pues bien, aunque en términos hipotéticos se pudiera considerar que la emisión del aval es un préstamo (lo que no es, ya que, jurídicamente, el aval siempre es una obligación accesoria y el préstamo un acto principal,) tampoco sería posible concluir que no tributaría el afianzamiento sino el préstamo, ya que el *art. 15 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre*, que aprobó el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, señala que la constitución de fianzas y de los derechos de hipoteca en garantía de un préstamo tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo y el *art. 25 del Real Decreto 828/1995, de 29 de abril*, que aprobó el Reglamento del citado Impuesto, dispone que la constitución de las fianzas y 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 éste estuviese prevista la posterior constitución de la garantía.

La STS, Sala 3ª, Sec. 2ª, de 3 de noviembre de 1997 determinó con claridad que el *art. 25 del Reglamento* es perfectamente válido y lo que hace es interpretar, aclarar y completar lo previsto en el *art. 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”. Es evidente que el precepto exige que en el otorgamiento del préstamo estuviese prevista la posterior constitución de la garantía, lo que en este caso no se ha acreditado, con independencia de que no existe préstamo previo alguno. De todo ello cabe deducir que la constitución de la garantía personal mediante el afianzamiento referido ha de tributar por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas al no referirse al supuesto expresamente regulado en el *art. 25*.

En segundo lugar, la operación en cuestión parece que, en principio, debe tributar según lo previsto en el *art. 7. 1* del Texto Refundido del Impuesto, en relación con el tipo establecido en el *art. 11*, sin que sea aplicable el *art. 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, lo que se debe tener en cuenta no es la cualidad no profesional o empresarial del fiador, sino la del sujeto pasivo del impuesto. Eso es lo que viene a decir previamente la STS de 18 de enero de 1996 que alega la parte recurrente, donde se puede leer: “... como el *art. 4º 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. 3º, apartado 5* y el *art. 4º*, 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. 4º*, 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. 3º, 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 indubitado que no tributa por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales”.

Pues bien, esto es lo que sucede en este caso: el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, tiene por sujeto pasivo a la entidad recurrente, de acuerdo con el *art. 8.e) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por lo que debe ser a ella a la que se debe exigir la concurrencia de las operaciones no sujetas comprendidas en el *art. 7.5* de la misma norma, conforme al cual, no estarán sujetas al concepto 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 pertenece la recurrente, es una actividad propia de su círculo o tráfico jurídico económico. Por todo ello se impone la estimación del recurso.

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado interpone recurso de casación en interés de la ley contra la sentencia dictada por la Sala de la Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

La cuestión que somete a enjuiciamiento de esta Sala es la correcta interpretación de los *arts. 7.5 y 8.e)* contenidos en el *Real Decreto Legislativo 1/93, de 24 de septiembre*, Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y en el *art. 25 de su Reglamento*, aprobado por *Real Decreto 828/95, de 29 de mayo*.

La aplicación en interpretación que de las citadas normas ha realizado la sentencia que se impugna es gravemente dañosa para el interés general y manifiestamente errónea en cuanto que concluye que un afianzamiento otorgado por un particular, no empresario ni profesional, en favor de una entidad financiera, no debería estar sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en la medida en que el afianzado, sujeto pasivo, es una entidad financiera entre cuyos actos habituales y propios de su tráfico empresarial está la prestación de afianzamientos.

La sentencia recurrida entiende que, conforme al *art. 7.5* del Texto Refundido, procede la no sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, en cuanto que la cualidad de empresario o profesional que determina la no sujeción debe predicarse no tanto del fiador (el particular, en este caso), cuanto del afianzado, ARESBANK, entidad financiera y, por ello, empresarial.

El Abogado del Estado considera que la interpretación señalada que se hace del *art. 7.5* pugna abiertamente con el tenor literal del precepto. Se señala en este que “no estarán sujetas al concepto de transmisiones patrimoniales onerosas, regulado en el presente título, las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

La sentencia recurrida, en base a una sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1996 que cita y cuya doctrina recoge, entiende que no es tanto la cualidad de empresario o profesional del constituyente de la fianza, cuanto la del sujeto pasivo, la que debe tenerse en consideración para aplicar el *art. 7.5*.

En este caso, pues, siendo así que el sujeto pasivo (ARES BANK) es empresario, estaría no sujeta la fianza constituida por el particular.

El Abogado del Estado señala al respecto que esta doctrina pugna frontalmente con el *art. 7.5* cuyo contenido, además de ser claro, armoniza plenamente con los criterios delimitadores entre el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y el IVA.

A juicio del Letrado de la Administración, el desliz del Tribunal Superior vino condicionado por la sentencia del Tribunal Supremo, que en su Fundamento de Derecho Sexto, además de hacer aplicación de la *Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de 21 de junio de 1980*, se refiere en concreto a una operación de compraventa --transmisión de bienes-- y no a un supuesto de afianzamiento como el que dio lugar a la sentencia que aquí se recurre, y atendiendo sólo al contenido de su Fundamento de Derecho Sexto, lo transcribió y lo generalizó a todas las operaciones sujetas a Transmisiones Patrimoniales de forma tal que, si en el caso contemplado por la sentencia y su aplicación de la *Ley 32/80 (art. 5.31 y 4)* se imponía la no sujeción cuando el sujeto pasivo era empresario, extrajo la errónea consideración que refiere a la legislación actual aplicada (RDL 1/93) de que lo que determina la no sujeción es la cualidad del sujeto pasivo y no la de quien ha realizado la operación.

En razón a cuanto antecede, el Abogado del Estado interesa la *siguiente doctrina legal*: “*El art. 7.5 del R.D. Legislativo 1/93 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*”.

**TERCERO.-** Para la viabilidad del recurso de casación en interés de la ley es preciso, en primer lugar, que la sentencia objeto de recurso sea gravemente dañosa para el interés general.

El requisito del grave daño al interés general debe ser entendido en el sentido de la posible repetición de supuestos iguales al resuelto por la sentencia cuestionada, con el indeseable efecto multiplicador de que pueda eventualmente perpetuarse la doctrina fijada en el fallo y que se considera errada.

El supuesto presentado no constituye en caso aislado o de muy difícil repetición; antes al contrario: constituye 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 el riesgo manifiesto de que la doctrina contenida en la sentencia recurrida y que se considera errónea, en los términos que se indicará, se generalice.

Por todo ello, lo que trata de conseguir en este caso el Tribunal Supremo es, sin alterar la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, fijar la doctrina legal que en el futuro habrá de aplicarse a otros supuestos equivalentes que se presenten. Y es razonablemente previsible la reiteración de actuaciones fiscales iguales la que ha sido enjuiciada por la sentencia impugnada.

El recurso promovido por el Abogado del Estado cumple, pues, los requisitos para su admisión.

**CUARTO.-** Pero es que, además de que la sentencia objeto de este recurso es gravemente dañosa para el interés público, resulta errónea en cuanto hace depender la no sujeción al ITP de la condición de empresario o profesional del sujeto pasivo del Impuesto.

La sentencia recurrida considera que el Impuesto sobre transmisiones Patrimoniales devengado tiene por sujeto pasivo a la entidad recurrente (ARES BANK), de acuerdo con el *art. 8.e) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto*, aprobado por el *Real Decreto Legislativo 1/1993*, por lo que debe ser a ella a la que se debe exigir la concurrencia de las operaciones no sujetas a que se refiere el *art. 7.5 de la misma Ley*, conforme al cual no estarán sujetas al concepto de “transmisiones patrimoniales onerosas” las operaciones que se consideran transmisiones patrimoniales en el *art. 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 --para la sentencia recurrida-- no cabe duda de que el afianzamiento en garantía de operaciones de crédito propias del sector bancario, al que pertenece ARES BANK, es una actividad propia de su círculo o tráfico jurídico económico.

Es lo cierto, sin embargo, que en el caso que nos ocupa el afianzamiento ha sido otorgado por un particular, que no consta que actuara en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional, a favor de una entidad financiera (ARES BANK) que, como acreedor afianzado, era el sujeto pasivo obligado al pago del ITP a *título de contribuyente (art. 8 .e)*, no el constituyente de la fianza.

Cuando la fianza no simultánea a la constitución del préstamo la constituya una persona física que no es empresario o profesional en desarrollo de su actividad, la operación quedará gravada por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, de acuerdo con lo previsto en el *art. 7.1.b) del Texto Refundido de la Ley del ITP*.

La cuestión planteada radica en concretar 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.

El *art. 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 parece recoger esta doctrina cuando en el párrafo último de su página 6 dice que la operación en cuestión debe tributar, en principio, según lo previsto en el *art. 7.1 del Texto Refundido del Impuesto*, sin que sea aplicable el *art. 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 acredita que su intervención no lo es por razón de su actividad profesional o empresarial.

Sin embargo, la sentencia recurrida se desvía en el párrafo siguiente --el primero de su página 7-- cuando se inclina por considerar, erróneamente, que lo que se debe tener en cuenta no es la cualidad no profesional o empresarial del fiador o constituyente de la fianza sino la del sujeto pasivo del ITP.

En definitiva, 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:

- a) Si éste es empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, dicha operación constituirá una prestación de servicios sujeta al IVA.
- b) Si no concurren ambos requisitos, la operación estará, en principio, sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITP y AJD.

Con lo que se ha dicho se puede ya concluir que cuando la operación que se realice sea la de constitución de una fianza y ésta 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 *art. 7.5 del Texto Refundido 1/1993 de la Ley del ITP*. Por eso consideramos correcta la doctrina legal que propugna el Abogado del Estado de que el *art. 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/1993* subordina la no sujeción al ITP 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.

**QUINTO.-** Las consideraciones expuestas justifican la sustancial estimación del recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por la Administración General del Estado, aceptando como doctrina legal la defendida por el Abogado del Estado.

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia, de fecha 21 de diciembre de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso num. 2675/2003 y, respetando la situación jurídica particular derivada de la referida sentencia, debemos fijar como doctrina legal la siguiente: “El *art. 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/93* vincula la no sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales a la condición de empresario o profesional de quien constituye una fianza y no a la del sujeto pasivo del Impuesto por tal operación”.

## TRIBUTACIÓN DE LA DONACIÓN DE UN INMUEBLE HIPOTECADO CON ASUNCIÓN EXPRESA DE LA DEUDA POR EL DONATARIO. (Arts. 17 y 27 LISD; 37 RISD; 7.2.a) TRLITPAJD; 1203 y 1205 CÓDIGO CIVIL)

### RESUMEN

La donación de un inmueble hipotecado con asunción de deuda por el donatario tributa según se recoge a continuación: Por la parte concurrente con el importe de la deuda asumida por el adquirente, como adjudicación expresa en pago de asunción de deudas, por la modalidad de TPO del ITPAJD—hecho imponible explicitado en el art. 7.2.a) del TRLITPAJD-. Por el valor total del inmueble menos el de la deuda asumida por el donatario, es decir, por el exceso, como donación, sujeta al ISD.

### PREGUNTA FORMULADA

Con respecto a la tributación de la donación onerosa, donación de una vivienda hipotecada con asunción de deuda por el donatario, se plantean las siguientes cuestiones:

- ¿Se reduciría la tributación a la mitad por el hecho de que el donatario manifestase que ya era deudor hipotecario junto con el donante? ¿Sería suficiente la mera manifestación de este extremo o se debe acreditar esa condición?
- Si la asunción de deuda no es expresa, ¿debemos presumirla?
- Por último, ¿cómo tributa la inclusión de un nuevo deudor hipotecario?

### RESPUESTA

El artículo 27 de la LISD establece que *“las donaciones con causa onerosa (...) tributarán por tal concepto y por su total importe. Si existieran recíprocas prestaciones o se impusiera algún gravamen al donatario, tributarán por el mismo concepto solamente por la diferencia”*.

Es por ello que la operación descrita por la Oficina tributa según se recoge a continuación:

- Por la parte concurrente con el importe de la deuda asumida por el adquirente, como adjudicación expresa en pago de asunción de deudas por la modalidad de TPO del ITPAJD—hecho imponible explicitado en el art. 7.2.a) del TRLITPAJD-.
- Por el valor total del inmueble menos el de la deuda asumida por el donatario, es decir, por el exceso, como donación, sujeta al ISD.

Con respecto a la tributación de dicha operación se plantean las siguientes cuestiones:

#### 1º DONACIÓN DE UN INMUEBLE HIPOTECADO A UNO DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS.

Debemos, en cada supuesto, determinar quien ostenta la condición de titular del inmueble, tributando según explicitamos a continuación:

- Si la titularidad del inmueble la ostenta el donante, el hecho de que el donatario fuera deudor previamente no supone un cambio de tributación con respecto al régimen general recogido anteriormente.
- Si la titularidad del inmueble la ostentan donante y donatario proindiviso, se producirá una donación onerosa por la parte correspondiente al donante.

## 2º DONACIÓN DE UN INMUEBLE HIPOTECADO SIN MENCIÓN A LA SUBROGACIÓN DEL DONATARIO EN EL IMPORTE DEL PRÉSTAMO PENDIENTE.

A continuación destacamos los artículos del Código civil que regulan la subrogación en la posición pasiva de la obligación.

Artículo 1203.

*“Las obligaciones pueden modificarse:*

*(...)*

*2. Sustituyendo la persona del deudor.*

*(...)”*

Artículo 1205.

*“La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor.”*

Por otro lado, el artículo 17 de la LISD dispone que:

*“Del valor de los bienes donados o adquiridos por otro título lucrativo “inter vivos” equiparable, sólo serán deducibles las deudas que estuviesen garantizadas con derechos reales que recaigan sobre los mismos bienes transmitidos, en el caso de que el adquirente haya asumido fehacientemente la obligación de pagar la deuda garantizada. Si no asumiese fehacientemente esta obligación no será deducible el importe de la deuda, sin perjuicio del derecho del adquirente a la devolución de la porción de la cuota tributaria correspondiente a dicho importe, si acreditase fehacientemente el pago de la deuda por su cuenta dentro del plazo de prescripción del impuesto. Reglamentariamente se regulará la forma de practicar la devolución.”*

Disponiendo el art. 37 del RISD que:

*“1. Del valor de los bienes o derechos donados o adquiridos por otro negocio jurídico lucrativo e inter vivos equiparable, sólo se deducirá el importe de las deudas que estén garantizadas con derecho real que recaiga sobre los mismos bienes o derechos adquiridos, siempre que el adquirente haya asumido fehacientemente la obligación de pagar la deuda garantizada con liberación del primitivo deudor.*

*2. No obstante, cuando después de ingresado el importe del impuesto el adquirente acreditase, fehacientemente, dentro del plazo de cinco años contados desde el día en que hubiese finalizado el plazo reglamentario para la presentación del documento, el pago de la deuda por su cuenta, tendrá derecho a la devolución de la porción de impuesto que corresponda a la deuda pagada por él, siguiéndose para la devolución el procedimiento establecido en el artículo 95 de este Reglamento. Este plazo no admitirá interrupciones.”*

En conclusión, se apreciará subrogación cuando se encuentre establecido con claridad y conste el consentimiento del acreedor, no debiendo presumirse en ningún caso.

Así, en los casos en los que no exista subrogación la donación tributará en el ISD por el valor real del inmueble, por cuanto no cabrá la deducción de la deuda.

## 3º INCLUSIÓN DE UN NUEVO DEUDOR EN UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

Debemos tener en cuenta que la modificación de un préstamo por cambio de deudor no supone la realización de un hecho imponible sujeto a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, por cuanto ésta únicamente sujeta, por dicha modalidad impositiva, la transmisión de derechos (y no de deudas).

Por otro lado, si existe ánimo de liberalidad por parte del que asume la deuda de otro nos encontraremos ante un hecho imponible gravado por el ISD. En efecto, el que es liberado de la deuda obtiene así un incremento patrimonial a título gratuito sujeto a la modalidad de donaciones –si es persona física–, por cuanto el artículo 12 del Reglamento del ISD considera como negocio jurídico gratuito e inter vivos a los efectos del ISD a:

*“(…)c) La asunción liberatoria de la deuda de otro sin contraprestación, salvo en el caso previsto en el artículo 37 de este Reglamento”.*

En este sentido, establece la Resolución de la DGT de 15/09/2008 que:

*<<(…)si se efectúa una novación del préstamo consistente en incluir al consultante como codeudor, asumiendo el consultante su deuda, y, además, esta liberación de la deuda de ella se realiza sin contraprestación, se habrá producido uno de los supuestos que configuran el hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, por el concepto de donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e “intervivos” (artículo 3.1.b) de la LISD), tal como preceptúa el artículo 12 del RISD, en su letra c), que dice que “Entre otros, tienen la consideración de negocios jurídicos gratuitos e “inter vivos” a los efectos de este impuesto, además de la donación, los siguientes: ... c) La asunción liberatoria de la deuda de otro sin contraprestación, salvo en el caso previsto en el artículo 37 de este Reglamento>>*

# INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A LIQUIDAR POR LA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS CONTRA EL APREMIO.

(Art. 104.1 LRJCA; Art. 68.1 LGT; Arts. 66.2 y 70 REGLAMENTO DE REVISIÓN)

## RESUMEN

La presentación de recursos y reclamaciones contra la vía de apremio no produce la interrupción del cómputo del plazo de prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la correspondiente liquidación.

## PREGUNTA FORMULADA

La liquidación provisional derivada de un procedimiento de comprobación limitada se notificó mediante publicación en boletín para comparecer –del mismo modo se notificó el inicio del procedimiento-. A continuación se procedió al apremio de la deuda tributaria derivada de la misma, que fue recurrida en reposición y mediante reclamación económico-administrativa, aduciendo la falta de notificación de la liquidación de la que proviene el apremio, siendo ambas instancias desestimadas. Finalmente, mediante sentencia del Tribunal Superior de Justicia se declara nula la notificación de la liquidación provisional, por cuanto la Administración no puso el celo debido en la indagación del domicilio real.

¿Es posible retrotraer las actuaciones al momento de la notificación de la liquidación provisional en periodo voluntario y volver a notificar la liquidación?

## RESPUESTA

### NORMAS GENERALES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.

La ejecución de sentencias recaídas en la jurisdicción contencioso administrativa se disciplina en los arts. 103 a 113 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LRJCA). De su regulación destacamos lo establecido en el artículo 104.1:

*<<Luego que sea firme una sentencia, se comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, una vez acusado recibo de la comunicación en idéntico plazo desde la recepción, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél>>*

No contiene mayor indicación, la LRJCA, acerca de la forma de proceder a la retroacción de actuaciones, por lo que deberemos aplicar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70 del Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, las normas de ejecución de las resoluciones administrativas. En concreto, el artículo precitado indica que:

*<<La ejecución de las resoluciones de los tribunales de justicia se efectuará de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

*En todo lo que no se oponga a la normativa citada y a la resolución judicial que se está ejecutando, será de aplicación lo dispuesto en la sección I de este capítulo>>*

En este sentido, el artículo 66.2 de dicho Reglamento dispone, in fine, que:

*<<En la ejecución de las resoluciones serán de aplicación las normas sobre transmisibilidad, conversión de actos viciados, conservación de actos y trámites y convalidación previstas en las disposiciones generales de derecho administrativo>>*

A los efectos de determinar la procedencia de la reposición de actuaciones debemos analizar la posible existencia de actos interruptivos de la prescripción.

En primer lugar, analizaremos la virtualidad interruptiva de los actos de oposición a la vía ejecutiva con respecto al derecho a liquidar.

#### **INTERPOSICIÓN DE RECURSOS Y RECLAMACIONES CONTRA LA ACCIÓN DE COBRO COMO CAUSA DE INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN A PRACTICAR LA OPORTUNA LIQUIDACIÓN.**

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, con respecto a las causas de interrupción de la prescripción reguladas en la Ley 230/1963, según sea el objeto concreto de las reclamaciones o recursos así será el alcance interruptivo de la prescripción, de modo que una reclamación contra la providencia de apremio, contra una providencia de embargo o contra cualquier otro acto recaudatorio, interrumpe la acción de cobro, y nada más, y, por el contrario, si la reclamación impugna la liquidación, interrumpe la prescripción sólo del derecho a liquidar.

Esta doctrina, que se expresa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 2004, ha quedado refrendada con citas posteriores, como, por ejemplo, la Sentencia de 14 Septiembre de 2007.

En lo atinente a la presente consulta, destaca dicha sentencia que:

*«El nudo gordiano de este recurso de casación es determinar si los actos interruptivos del derecho de la Administración a liquidar, como consecuencia de la interposición de reclamaciones y recursos en vía económico - administrativa, por parte de los contribuyentes, contra los actos de liquidación de la deuda tributaria, así como las actuaciones de los propios Tribunales económico - administrativos extienden o no sus efectos interruptivos a la acción de cobro de la deuda. La Sala entiende que no, por lo que a continuación razona.*

*El artículo 66, apartado 1, letra a) de la Ley general Tributaria, regula conjuntamente como un «totum revolutum», los actos interruptivos de la presencia de las tres modalidades o sea derecho a liquidar, acción de cobro y acción para imponer sanciones, pero ello no significa una total mezcolanza de los actos interruptivos y de las distintas modalidades de prescripción, pues los actos conducentes al reconocimiento regularización, inspección comprobación y liquidación se refieren obviamente sólo al derecho a liquidar y a la acción de imponer sanciones (cuando se ejercía conjuntamente, y no después de la Ley 1/1.998, de 26 de Febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, en que se establecieron procedimientos soportados), y no por razones de prioridad temporal a la acción de cobro. En cambio, los actos de aseguramiento (de difícil comprensión) y los de recaudación, se refieren sin duda alguna a la acción de cobro; pero subsiste la duda, que no disipa este apartado letra a) del artículo 66.1 de la Ley General Tributaria, de si estos actos de aseguramiento y de recaudación, por ser posteriores a la liquidación se remonta y alcanzan la prescripción del derecho a liquidar y a imponer sanciones tributarias, cuando se impugna la liquidación en vía económico - administrativa, que es la cuestión clave de este recurso.*

*En cuanto al supuesto de interrupción de la prescripción regulado en la letra b), del apartado 1, del artículo 66 de la Ley General Tributaria, consistente en la «interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase», que es en el que se apoya la Administración General del Estado, parte recurrida, en el sentido de que las reclamaciones económico - administrativas interpuestas por el contribuyente ante el TEAR de Madrid y luego ante el TEAC, mas las acciones de estos Tribunales, interrumpieron la prescripción no sólo del derecho a liquidar, sino también de la acción de cobro. Sin embargo, esta tesis no tiene un soporte suficiente, porque puede mantenerse de contrario, con toda lógica, que según sea el objeto concreto de las reclamaciones o recursos así será el alcance interruptivo de la prescripción, de modo que una reclamación contra la providencia de apremio, contra la providencia de embargo o contra cualquier otro acto recaudatorio, interrumpe la acción de cobro, y nada más, y por el contrario si la reclamación impugna la liquidación, interrumpe la prescripción sólo del derecho a liquidar.»*

Y termina el TS por añadir,

*«La Ley 58/2.003, de 17 de Diciembre, nueva Ley General Tributaria, no aplicable «ratione temporis» al caso de autos, ha eliminado el «totum revolutum» de los actos interruptivos de la prescripción, distinguiendo en su artículo 68, la interposición de reclamaciones o recursos contra la liquidación (apartado 1, letra b), de los interpuestos contra los actos recaudatorios (apartado 2, letra b), lo cual pese a su no muy precisa redacción, apoya la tesis que ha mantenido la Sala sobre esta cuestión.»*

En suma, la interposición de la reclamación y del recurso contencioso contra la providencia de apremio, no interrumpieron la prescripción del derecho a liquidar.

Es de destacar que la nueva LGT, con el objeto de adaptarse al principio jurisprudencial de independencia de procedimientos –en torno al anterior art. 66 de la Ley 230/1963- ha regulado de forma separada las causas de interrupción de la prescripción:

Así, el plazo de prescripción del derecho a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, de acuerdo con lo establecido en el art 68.1 de la LGT, se interrumpe:

<<

*Por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos o parte de los elementos de la obligación tributaria.*

*Por la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase, por las actuaciones realizadas con conocimiento formal del obligado tributario en el curso de dichas reclamaciones o recursos, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal o por la presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal, así como por la recepción de la comunicación de un órgano jurisdiccional en la que se ordene la paralización del procedimiento administrativo en curso.*

*Por cualquier actuación fehaciente del obligado tributario conducente a la liquidación o autoliquidación de la deuda tributaria.*

>>

En cuanto a la interposición de recursos y reclamaciones, pese a la poco clara redacción del precepto, por la expresión “de cualquier clase” debemos entender que se refiere a cualquier tipo de recurso o reclamación, esto es, los administrativos y los contencioso-administrativos.

En último lugar, descartada la interrupción del plazo de prescripción del derecho a liquidar por la realización de actos de oposición al apremio, debemos determinar si los actos realizados en el procedimiento de comprobación limitada han interrumpido dicho plazo.

#### **INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN POR LA NOTIFICACIÓN DEL INICIO DEL PROCEDIMIENTO.**

Destacamos que la notificación del inicio del procedimiento se ha producido, en principio, dentro del plazo de prescripción.

Con respecto a la posible incidencia de la caducidad, señalamos lo establecido en el artículo 104.2 de la LGT, que dispone:

*<<A los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente acreditar que se ha realizado un intento de notificación que contenga el texto íntegro de la resolución>>*

Comoquiera que el intento de notificación de la liquidación derivada del procedimiento se produjo dentro del plazo de duración del procedimiento, podemos considerar que el inicio del procedimiento interrumpió la prescripción, iniciándose nuevamente el cómputo, pudiéndose, en principio, proceder a la reposición de actuaciones.

El contenido de la sentencia no impide esta interpretación, por cuanto se limita a plantearse la invalidez de la notificación del acto de finalización del procedimiento y nada dice en torno a la notificación del inicio del procedimiento. No obstante, es de destacar que el acto de inicio, de acuerdo con los argumentos de dicha sentencia, incurriría en los mismos defectos formales, pues la notificación por comparecencia no se produjo tras ser intentada en el domicilio actual del interesado, por cuanto la Administración conocía, en ese momento, el nuevo domicilio. En consecuencia, una actuación coherente de la Administración tributaria conllevaría la reposición de actuaciones al momento en el que tuvo lugar la notificación de inicio del procedimiento, debiendo, en consecuencia, considerar prescrito, en este caso en concreto, el derecho de la Administración a liquidar.

# ACTUACIONES A REALIZAR ANTE LA PRESENTACIÓN DE AUTOLIQUIDACIÓN POR SUJETO PASIVO ERRÓNEO.

(Arts. 17.4, 36.1 y 120 LGT; Arts. 126-129 y 132; Art. 99 RITPAJD)

## RESUMEN

Quando se hubiese presentado una autoliquidación por quien no resulta obligado tributario, se podrá instar por el legitimado la rectificación de la autoliquidación con la finalidad de que se le reconozca el derecho a la devolución. En dicho procedimiento se determinarán, entre otros aspectos, la procedencia de la devolución, el titular del derecho a obtenerla y su cuantía.

La práctica efectiva de la devolución viene condicionada por el carácter *ex lege* de la obligación tributaria –art. 17.4 LGT-, por lo que sólo podrá abonarse al obligado tributario o su representante legal, sin que pueda realizarse en favor de un tercero ni considerarse como ingreso a cuenta en las liquidaciones que se le practiquen a este último.

## PREGUNTA FORMULADA

Se presentan habitualmente contratos sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a los que se acompaña autoliquidación, en la que se hace constar como sujeto pasivo a una de las partes contractuales sobre la que no recae dicha condición, bien a consecuencia del pacto entre las partes de asunción por uno de ellos de los impuestos que se devengan o, simplemente, por error en la determinación del sujeto pasivo.

Las actuaciones que desde esta Oficina Liquidadora se realizan son las siguientes:

- 1) No tomar en consideración la autoliquidación ingresada por un sujeto ajeno a la obligación tributaria.
- 2) Iniciar el procedimiento de gestión tributaria que corresponda según establece la Ley General Tributaria, dirigido al sujeto pasivo, advirtiendo de la existencia de la autoliquidación indebidamente ingresada.
- 3) Únicamente en los casos en los que el obligado tributario presente reclamación contra el procedimiento instado, acompañándose al mismo de un escrito rubricado por el contribuyente que consta en la autoliquidación no considerada, siempre a través de cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna de dicha representación, (legitimado notarialmente o mediante comparecencia en la Oficina Liquidadora), y por el cual, se solicite la atribución de dicho ingreso al obligado tributario correcto y se renuncie a cualquier posible devolución que pudiera derivarse de dicha autoliquidación incorrectamente ingresada, esta Oficina Liquidadora tomará en consideración dicha autoliquidación como ingreso previo.

¿Son correctas las antedichas actuaciones?

## CONTESTACIÓN

El artículo 17.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) dispone que *“los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas”*.

Por su parte, el art. 99 del Reglamento del ITPAJD regula la obligación que recae en los sujetos pasivos del impuesto de autoliquidar en los siguientes términos *“El impuesto será objeto de autoliquidación con carácter general por el sujeto pasivo con excepción de aquellos hechos imponible que se deriven de las operaciones participacionales 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”*.

En este sentido, el art. 36.1 de la LGT considera al sujeto pasivo como el obligado tributario que, según la Ley, debe cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma, sea como contribuyente o como sustituto del mismo.

En cuanto a la autoliquidación, el art. 120 de la LGT dispone que:

*“1. Las autoliquidaciones son declaraciones en las que los obligados tributarios, además de comunicar a la Administración los datos necesarios para la liquidación del tributo y otros de contenido informativo, realizan por sí mismos las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar e ingresar el importe de la deuda tributaria o, en su caso, determinar la cantidad que resulte a devolver o a compensar.*

*2. Las autoliquidaciones presentadas por los obligados tributarios podrán ser objeto de verificación y comprobación por la Administración, que practicará, en su caso, la liquidación que proceda.*

*3. Cuando un obligado tributario considere que una autoliquidación ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos, podrá instar la rectificación de dicha autoliquidación de acuerdo con el procedimiento que se regule reglamentariamente.*

*(...)”*

La citada regulación reglamentaria se contiene en los artículos 126 a 129 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (en adelante RGAT)

En atención a las normas anteriormente expuestas, cuando se hubiese presentado una autoliquidación por quien no resulta obligado tributario, podrá instar este último la rectificación de la autoliquidación con la finalidad de que se le reconozca el derecho a la devolución. En dicho procedimiento se determinarán, entre otros aspectos, la procedencia de la devolución, el titular del derecho a obtenerla y su cuantía (véanse arts. 127.1.d) y 128.2 RGAT).

Una vez concretado el titular del derecho a obtener la devolución, en este caso el que indebidamente realizó la autoliquidación, deberá determinarse la forma de hacer efectiva dicha devolución, junto con los intereses de demora que fueren procedentes. Dos son las formas en las que puede efectuarse la extinción del crédito en estos supuestos, de acuerdo con lo establecido en el art. 132 del RGAT, el pago o la compensación. Veamos cada una de ellas:

#### EL PAGO:

Al respecto del mismo, señala el art. 132.1 del RGAT que: *“el pago de la cantidad a devolver se realizará mediante transferencia bancaria o mediante cheque cruzado a la cuenta que el obligado tributario o su representante legal autorizado tengan abierta en una entidad de crédito”*.

Es decir, no sólo la titularidad del derecho a la devolución viene condicionada por el carácter ex lege de la obligación tributaria, sino también la realización efectiva de la devolución, que sólo podrá abonarse al obligado tributario o su representante legal, por cuanto todos los elementos de la obligación tributaria vienen determinados legalmente, sin que puedan ser alterados por los interesados. No resulta factible, por tanto, que la devolución se realice a un tercero.

#### LA COMPENSACIÓN:

Dispone el art. 132.2 del RGAT que *“una vez reconocido el derecho a la devolución, podrá procederse a su compensación a petición del obligado o de oficio de acuerdo con el procedimiento y plazos establecidos en el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, y su normativa de desarrollo. En este caso, sobre el importe de la devolución que sea objeto de compensación, el interés de demora a favor del obligado tributario se devengará hasta la fecha en que se produzca la extinción del crédito como consecuencia de la compensación”*.

Sin ánimo de ser exhaustivos en este último punto, baste con indicar que la compensación sólo puede tener lugar entre las deudas tributarias de un obligado tributario con créditos reconocidos por acto administrativo a favor del mismo obligado, en las condiciones que establece el Reglamento General de Recaudación.

En atención a lo expuesto, consideramos adecuadas las actuaciones señaladas por la Oficina consultante en los puntos 1 y 2.

Por el contrario, la actuación por medio de la cual se permite que el titular del derecho a la devolución atribuya el ingreso realizado al obligado tributario correcto, supone la tramitación de un procedimiento de rectificación de la autoliquidación admitiendo la compensación de un crédito tributario de su titular con la deuda de un tercero, permitiendo así una alteración convencional de un elemento de la obligación tributaria carente de amparo legal.

## DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA (Art. 7.1.b) y 29 TRLITPAJD; Art. 31.1 RITPAJD)

### RESUMEN

La distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los inmuebles resultantes de la división de la finca matriz reúne los requisitos para tributar por la modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales.

El sujeto pasivo es el deudor hipotecario a favor del cual se realiza el acto de distribución y en cuyo interés se formaliza el documento notarial.

En cuanto a la base imponible estará formada, por la suma de la responsabilidad hipotecaria que grava cada una de las fincas nuevas, es decir, la parte del crédito de que cada una de ellas responda, mas la parte correspondiente de los intereses y de las demás partidas incluidas en su día en la garantía hipotecaria.

### CONSULTA PLANTEADA

En una escritura de ampliación de préstamo hipotecario que recaía sobre las fincas resultantes de una división horizontal previa, se redistribuye la totalidad del préstamo conforme al artículo 119 de la Ley Hipotecaria, todo ello en la misma escritura.

Me gustaría saber si procede la tributación por AJD de dicha redistribución, pues he leído pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios.

### RESPUESTA

#### CONCEPTO DE DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA:

La distribución de responsabilidad hipotecaria suele producirse cuando tienen lugar modificaciones en una finca matriz gravada con una hipoteca, con motivo de su segregación, división material etc, que implican una distribución de la responsabilidad hipotecaria correspondiente a la citada finca entre las fincas resultantes de tales operaciones.

#### RÉGIMEN DE TRIBUTACIÓN APLICABLE:

- **No sujeción a TPO:** Por lo que se refiere al régimen de tributación aplicable a la distribución de responsabilidad hipotecaria, objeto de consulta, cabe señalar que no está sujeta a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, ya que no se produce una transmisión en los términos del artículo 7.1.B) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, y del 31.1 del Reglamento del citado impuesto.
- **Sujeción a la modalidad de AJD:** Una vez aclarada la no sujeción de la operación a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, vamos a analizar si la citada operación constituye un hecho imponible de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, cuestión un tanto controvertida para la jurisprudencia y doctrina administrativa.

La distribución de responsabilidad hipotecaria sobre bienes inmuebles puede documentarse mediante escritura pública o en documento privado con firma legitimada notarialmente.

Si la redistribución de la garantía no se realiza en escritura pública, al no darse una de las condiciones para someter la operación a la cuota proporcional de documentos notariales de actos jurídicos documentados, como es que se trate de primera copia de escritura o acta notarial, no quedaría sujeta a este impuesto.

Por el contrario, si se formaliza en escritura pública, debemos analizar si la citada operación se encuadra dentro del supuesto descrito por el apartado 2 del artículo 31 del citado Texto Refundido que dispone lo siguiente:

*“Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad*

*Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley, tributarán, además, al tipo de gravamen que, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, haya sido aprobado por la Comunidad Autónoma. Si la Comunidad Autónoma no hubiese aprobado el tipo a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará el 0,50 por 100, en cuanto a tales actos o contratos.”*

De acuerdo con este precepto, la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los inmuebles resultantes de la división de la finca matriz reúne los requisitos para tributar por la modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales, que acabamos que recoge el precepto anterior:

- Tratarse de una primera copia de una escritura.
- Ser inscribible en el Registro de la Propiedad.
- Tener contenido valuable.
- No estar sujeta a las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas u operaciones societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En relación con la posible doble imposición de la escritura pública de distribución de la garantía hipotecaria, por haber tributado ya la escritura pública de constitución del préstamo hipotecario por la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda defiende el siguiente criterio en su resolución de 4 de noviembre de 1999:

*“(…) Sostiene el representante de la entidad consultante que la distribución de la hipoteca entre las diversas fincas, en cumplimiento del principio de especialidad que sanciona el art. 216 del Reglamento Hipotecario, no debe quedar sujeta a la cuota variable del documento notarial por carecer de contenido económico, ya que en ningún momento se modifica la garantía hipotecaria. El acto de contenido valuable que motivó la inscripción fue la hipoteca, cuya constitución en escritura pública ya tributó con anterioridad.*

*Establece la Ley Hipotecaria en su artículo 123 que “Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera, o contra todas a la vez”.*

*En el primer caso, conforme al artículo 124, “Dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviese gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquél a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca”.*

*Por el contrario, dispone el artículo 125 que, cuando siendo varias las fincas hipotecadas, “... no se haya señalado la responsabilidad de cada una, por ocurrir el caso previsto en el artículo 123, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho”.*

*A la vista de lo expuesto debe rechazarse la afirmación de que la distribución de una hipoteca entre varias fincas no suponga modificación alguna de la responsabilidad hipotecaria, sino que, por el contrario, la finalidad propia de dicho acto es, precisamente, la modificación de la hipoteca inicialmente constituida sobre la finca matriz, de tal forma que cada una de las nuevas fincas resultantes viene a tener una responsabilidad hipotecaria independiente, lo que explica que no pueda ya el acreedor repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera.*

*Asimismo, confirma la consideración independiente de la responsabilidad hipotecaria de cada una de las nuevas fincas, el hecho de que sea posible la cancelación parcial de la hipoteca que las grava, una vez pagada la parte del crédito con que estuviesen gravadas.*

*Por otro lado, tampoco es obstáculo para determinar la tributación por la cuota gradual del documento notarial el que la hipoteca cuya responsabilidad ahora se distribuye ya hubiese tributado con anterioridad y por igual concepto, siendo lo fundamental a la hora de determinar la sujeción a la cuota variable del documento notarial la existencia de un acto jurídico independiente.*

*Así, el que una hipoteca haya tributado en su constitución no es obstáculo para que tribute su cancelación (la cancelación está exenta desde el 1 de enero de 2001: artículo 45.I.B).18 del Texto Refundido).*

***Por tanto, tratándose de actos jurídicos independientes, ambos actos, la constitución de la hipoteca y la posterior distribución de la garantía entre las nuevas fincas, constituyen hechos imposables independientes de la modalidad de actos jurídicos documentados.”***

En consecuencia, el citado centro directivo sostiene que la distribución de responsabilidad hipotecaria es un acto de contenido económico que, si se documenta en escritura pública, constituye un hecho imponible del ITPAJD, por la modalidad de AJD.

Así, podemos citar las siguientes consultas planteadas ante la citada Dirección General en las que defiende el criterio que acabamos de señalar:

- Consulta vinculante número V1246-05 :

*“La distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los inmuebles resultantes de la división de la finca matriz (pisos y locales resultantes de la división horizontal, o nuevas fincas o parcelas, en caso de división) debe tributar por la modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales, por reunir todos los requisitos exigidos en el artículo 31.2 del Texto Refundido”*

- Consulta número 1893-03: en la que se analiza la segregación de una finca sobre la que recae una hipoteca, redistribuyendo la carga hipotecaria de tal forma que una de las fincas resultantes asuma la totalidad de la hipoteca y la otra quede libre de cargas, concluyendo la citada Dirección General que:

*“(…)nos encontramos ante el supuesto de hecho contemplado en el citado artículo 4 del Texto Refundido del ITPAJD, un único documento que comprende dos convenciones diferentes, la segregación de una finca y la distribución de la responsabilidad hipotecaria, que, por tanto, deberán tributar de forma separada e independiente, en ambos casos por el concepto Documento Notarial de la modalidad Actos Jurídicos Documentados por reunir todos los requisitos exigidos en el artículo 31.2 del Texto Refundido.”*

- Consulta número V1397-07: Se analiza la segregación de una finca sobre la que recae una hipoteca, redistribuyendo la carga hipotecaria de tal forma que cada una de las fincas resultantes asuma la parte proporcional de la hipoteca, concluyendo que:

*“(…) nos encontramos ante el supuesto de hecho contemplado en el citado artículo 4 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, un único documento que comprende dos convenciones diferentes, la segregación de una finca y la distribución de la responsabilidad hipotecaria, que, por tanto, deberán tributar de forma separada e independiente, en ambos casos por el concepto Documento Notarial de la modalidad Actos Jurídicos Documentados por reunir todos los requisitos exigidos en el artículo 31.2 del Texto Refundido”.*

El criterio que acabamos de exponer es compartido por el TEAC en su Resolución de 26 de octubre de 2005, al sostener que:

*“Una escritura de redistribución hipotecaria no queda sujeta al concepto transmisiones onerosas, pero sí al de documentos notariales, al efectuarse en documento notarial que reúne los requisitos del artículo 31.2 del Texto Refundido de la Ley del ITPAJD”.*

Y en la de 6 de abril de 2005, en la que defiende lo siguiente:

*“La distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas partes del edificio que resultan de la división horizontal del inmueble no está sujeta al impuesto en la modalidad ‘transmisiones patrimoniales onerosas’, pues a tenor del artículo 7.º 1 B) del Texto Refundido del Impuesto de 1993, sólo la constitución de la hipoteca y la ampliación posterior de su contenido son hechos imponibles de esta modalidad. Tributará, sin embargo, por el gravamen sobre los ‘actos jurídicos documentados’ por cumplir la totalidad de los requisitos que el artículo 31.2 del Texto Refundido de 1993, establece para la sujeción a la modalidad de actos jurídicos documentados, concepto documentos notariales, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, es decir, tiene por objeto cantidad o cosa valuable, es inscribible en los correspondientes Registros y, finalmente, el acto en ella reflejado, de acuerdo con el artículo 7.º 1 b) del Texto Refundido, y artículo 7.5, no está sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales por el concepto de Transmisión Patrimonial Onerosa*

- Esquema de liquidación por la modalidad de AJD:

- Sujeto pasivo: Deudor hipotecario a favor del cual a favor del cual se realiza el acto de distribución y en cuyo interés se formaliza el documento notarial, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 del citado Texto Refundido del ITPAJD.

- Base imponible:

En cuanto al contenido económico de la escritura de distribución de responsabilidad hipotecaria, debe tenerse en cuenta que la valoración de una hipoteca, ya sea en el momento de su constitución o en el de su distribución, no se determina en función de la obligación principal que garantiza –el préstamo– sino que, al ser el derecho real de hipoteca el acto de contenido valuable que motiva la inscripción registral, el impuesto se exige sobre el valor de dicho derecho real.

A este respecto, el apartado 1 del artículo 30 del Texto Refundido dispone que

*“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 consecuencia, en la distribución de la garantía hipotecaria, la base imponible estará formada, por la suma de la responsabilidad hipotecaria que grava cada una de las fincas nuevas, es decir, la parte del crédito de que cada una de ellas responda, mas la parte correspondiente de los intereses y de las demás partidas incluídas en su día en la garantía hipotecaria.

## USUFRUCTO VITALICIO SUCESIVO

(Art. 24.3, 26.c) LISD; Art. 51.5 RISD; Art. 68.1 LGT; Art. 513 CC)

### RESUMEN

**En los usufructos vitalicios sucesivos, el primer usufructuario tributa, al fallecimiento del causante, conforme a las reglas generales del ISD, quedando diferida la tributación del segundo usufructuario al resultar su derecho sujeto a condición suspensiva de supervivencia al primer usufructuario y, por ello, al adquirir el usufructo deberá practicar liquidación del ISD en función de su edad en ese momento.**

**Concretamente, el esquema general de liquidación de la operación planteada sería:**

- 1. En la constitución:** Tributa el primer usufructuario por la adquisición del usufructo y los nudo propietarios por el valor de la nuda propiedad que se calculará teniendo en cuenta el usufructo de mayor porcentaje.
- 2. Cada vez que fallezca un usufructuario:** Debe tributar el usufructuario sucesivo por la adquisición del usufructo y los nudo propietarios por el aumento de valor que la nuda propiedad experimente.

### CONSULTA PLANTEADA

Por fallecimiento de D.x se transmiten sus bienes en usufructo a su viuda, en virtud de testamento abierto, por el que en la cláusula 3ª dice “instituye heredera usufructuaria de sus bienes a su esposa Dª. x, y si esta le premuriese o al fallecimiento de la misma pasarán sus bienes también en usufructo vitalicio a los hijos de su hermana, por partes iguales y a falta de alguno de ellos sus descendientes que heredaran ya su parte en pleno dominio. Si alguno de los herederos instituidos falleciese sin sucesión, acrecerá su parte a los demás herederos, también en usufructo o a los hijos de los que hubiese fallecido pero a estos en pleno dominio por estirpes y no por cabezas.

Actualmente, tres de los cuatro usufructuarios fallecieron hace más de cuatro años y el último falleció hace menos de 6 meses.

¿Se debe liquidar la herencia por los cuatro herederos o sólo por el último?, ¿Está prescrito el derecho a liquidar la herencia de los tres primeros? ¿Qué grupo de parentesco se debe considerar en la liquidación del ISD?.

### RESPUESTA

En los **usufructos vitalicios sucesivos**, el primer usufructuario tributa al fallecimiento del causante conforme a las reglas generales del ISD, quedando diferida la tributación del segundo usufructuario al resultar su derecho sujeto a condición suspensiva de supervivencia al primer usufructuario y, por ello, al adquirir el usufructo deberá practicar liquidación del ISD en función de su edad en ese momento.

Por otro lado, el artículo el 24.3 de la Ley 29/1987 establece que:

*“3. Toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan. “*

En consecuencia, en el ámbito del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, cuando hay una condición suspensiva el impuesto no se exigirá hasta que dicha condición se cumpla.

En el caso planteado por la Oficina consultante, se constituyó un derecho de usufructo, pero con carácter sucesivo respecto del que ostentaba el usufructuario, por lo que quedaba sujeto a la condición suspensiva de que la persona designada sobreviviese al entonces usufructuario, por lo que el usufructuario sucesivo tributará, en el momento de adquirir el usufructo, es decir cuando fallezca el usufructuario actual, por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que en su día quedó suspendido por la condición del fallecimiento del usufructuario.

Asimismo, en relación con la citada operación, el artículo 51.5 del Reglamento del ISD dispone que:

*“En los usufructos sucesivos el valor de la nuda propiedad se calculará teniendo en cuenta el usufructo de mayor porcentaje y a la extinción de este usufructo pagará el nudo propietario por el aumento de valor que la nuda propiedad experimente y así sucesivamente al extinguirse los demás usufructos”.*

En definitiva, de conformidad con la normativa anterior, el esquema general de liquidación de la operación planteada sería:

1. En la constitución: Tributa el primer usufructuario por la adquisición del usufructo y los nudo propietarios por el valor de la nuda propiedad que se calculará teniendo en cuenta el usufructo de mayor porcentaje.
2. Cada vez que fallezca un usufructuario: Debe tributar el usufructuario sucesivo por la adquisición del usufructo y los nudo propietarios por el aumento de valor que la nuda propiedad experimente.

Aplicando este esquema general al caso concreto planteado, si han transcurrido más de cuatro años desde el fallecimiento de cada uno **de los tres usufructuarios**, en principio, habrá prescrito el derecho de la Administración a liquidar la adquisición del usufructo de cada uno de los tres usufructuarios, salvo que se hubiese realizado alguna actuación susceptible de interrumpir la prescripción, en los términos del artículo 68.1 de la Ley 58/2003, General Tributaria y por la consolidación parcial a cargo de los nudo propietarios, es decir, por el aumento de valor que la nuda propiedad haya experimentado con motivo de cada uno de los fallecimientos de los usufructuarios.

Respecto del **último usufructuario, fallecido hace 6 meses**, como se desprende del apartado 1 del artículo 513 del Código civil, el usufructo- en este caso vitalicio y sucesivo- se extingue por la muerte del último usufructuario.

Por lo tanto, **cuando fallece el último usufructuario lo que realmente se produce es la consolidación del dominio desmembrado por extinción del usufructo vitalicio sucesivo.**

En cuanto al régimen aplicable a la extinción del usufructo, el artículo 26.c) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones establece que:

*“c) En la extinción del usufructo se exigirá el impuesto según el título de constitución, aplicando el tipo medio efectivo del gravamen correspondiente a la desmembración del dominio”.*

Por lo que respecta a la base imponible, constituida por el valor real, el valor a tener en cuenta es el que tengan los bienes en el momento de consolidación del dominio, es decir, el de la fecha del fallecimiento del último usufructuario y no el que tenía en el momento en que se desmembró el dominio y se aplicará sobre el tanto por cien que no se ha liquidado en el momento de adquirirse la nuda propiedad ni con motivo de la extinción de cada uno de los usufructos sucesivos.

Además, se aplicarán las reducciones subjetivas que no se hubiesen agotado en la liquidación de la nuda propiedad y las objetivas correspondientes al valor del usufructo que ahora se adquiere.