

IÑAKI BILBAO ESTRADA

Profesor de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Cardenal Herrera-CEU

JUAN CARLOS SANTANA MOLINA

*Profesor de Derecho Civil. Universidad Cardenal Herrera-CEU
Asesor Jurídico Grupo Farach*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2005** en la Modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don José Juan FERREIRO LAPATZA, don Luis Manuel ALONSO GONZÁLEZ, doña María Dolores ARIAS ABELLÁN, don Valentín PICH ROSELL, don Iu PIJOAN I FONT y doña Susana SARTORIO ALBALAT.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto:

LA distribución de la responsabilidad hipotecaria cobra especial importancia en el ámbito de la promoción inmobiliaria, erigiéndose en uno de los supuestos que más controversia ha generado en cuanto a su sometimiento a gravamen en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Ni la Administración Tributaria ni los Tribunales distinguen, a efectos fiscales, los distintos supuestos que afloran al analizar la naturaleza jurídico-privada de este instituto. Un análisis de los mismos permite diferenciar entre la distribución voluntaria de la responsabilidad hipotecaria frente a la distribución necesaria, distinción de suma importancia en relación con la efectiva realización del hecho imponible. La distinta configuración jurídica de ambos supuestos determina que la distribución necesaria deba ser considerada como un supuesto de no sujeción por carecer de autonomía frente al negocio jurídico constitutivo o modificativo de la hipoteca; en cambio, la distribución voluntaria constituye un negocio jurídico autónomo que queda sujeto al gravamen como consecuencia del cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la Ley del Impuesto.

.../...

.../...

Sin perjuicio de lo anterior, en opinión de los autores, la distribución o redistribución no son actos que pongan de manifiesto capacidad económica alguna, dada la ausencia de desplazamiento patrimonial que conlleva. Ante la posibilidad que ofrece la legislación hipotecaria –y que confirma la Dirección General de Registros y del Notariado– de acudir al documento privado para la formalización jurídica de estas operaciones, los autores propugnan la utilización de este cauce como medio para eludir tan controvertido gravamen. De esta forma se aprovecha el supuesto de economía de opción que nos brinda el ordenamiento jurídico privado sin merma de las garantías registrales.

Sumario:

1. Introducción.
2. La distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria: consideraciones jurídico-privadas.
3. Criterios administrativos y jurisprudencia sobre la materia.
4. Reflexión doctrinal sobre la cuota variable en la modalidad de AJD en el ITPAJD a efectos de su aplicación al caso de la distribución y redistribución.
5. El objeto de gravamen y la manifestación de capacidad económica en el IAJD: especial referencia a la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria.
6. La distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria mediante documento privado: un supuesto de economía de opción.
7. Conclusiones.

NOTA: Esta investigación no hubiese sido posible sin la ayuda y colaboración de las siguientes personas e instituciones a las cuales queremos expresar nuestro más sincero agradecimiento: la Universidad Cardenal Herrera-CEU y, en particular, a don Francisco SÁNCHEZ y al resto de compañeros del centro de Elche; el Grupo Farach y, en especial, a don Vicente PÉREZ FARACH y su equipo de colaboradores; y el Instituto de Estudios Fiscales y, en concreto, a don Pedro HERRERA MOLINA y a los demás integrantes de la Vocalía Asesora de Derecho Financiero y Tributario.

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico la protección del tráfico jurídico inmobiliario se articula a través de la institución registral. El Registro de la Propiedad constituye el instrumento mediante el cual se dota de publicidad a los derechos reales sobre bienes inmuebles y se protege la situación jurídica del que contrata confiando en lo publicado por el Registro. Es evidente la importancia que una adecuada protección del tráfico jurídico inmobiliario supone para la circulación de la riqueza y el fomento del crédito territorial así como la influencia que estos factores tienen en las economías nacionales. Por esta razón se destaca que en el establecimiento de un sistema eficaz de tutela de la seguridad jurídica de las transacciones concurre el interés tanto de los particulares, necesitados de instrumentos de información sobre la situación jurídica de los inmuebles y de protección en sus adquisiciones, como público, dadas las considerables repercusiones económicas que implican. En este sentido, se ha señalado que toda economía presenta unos costes de transacción, cuyo origen radica, por una parte, en la necesidad de información sobre la situación jurídica de los inmuebles y, por otra, en los costes derivados de la necesidad de eliminar la incertidumbre jurídica. Precisamente los sistemas registrales sirven a esta doble finalidad y se han demostrado más eficaces que los sistemas de seguridad económica –fundamentalmente los sistemas alternativos de seguros de títulos– así como menos costosos, más fiables y sencillos y más efectivos en la prevención de conflictos ¹.

En este orden de ideas, cabe indicar que al reforzamiento del sistema de seguridad jurídica preventiva contribuye el principio de titulación pública, en cuya virtud se establece la necesidad de que los documentos que se presenten en el citado Registro sean documentos públicos, es decir, notariales, judiciales o administrativos. La razón radica en que el título público ofrece, frente al documento privado, evidentes garantías de autenticidad, dada la intervención del fedatario público, factor al que hay que añadir el control de legalidad que aporta ². Por excepción, en algunos casos se

¹ Sobre este tema *vid.* las Conclusiones del XII Congreso Internacional de Derecho Registral (Conclusiones Tema II), Centro Internacional de Derecho Registral. Disponible en http://cinder.registradores.org/es/congresos/congreso_xii_2.htm

² No faltan, sin embargo, opiniones que sostienen la necesidad de permitir el acceso del documento privado al Registro de la Propiedad en términos mucho más amplios que los que actualmente establece nuestra legislación registral. En este sentido *vid.* ARRUÑADA, B.: «Vías de acceso al Registro de la Propiedad: la experiencia española», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 680, 2003, págs. 3.273 y ss. Sin embargo, debemos apuntar que esto no impide que, en nuestro ordenamiento, el título presentado al Registro sea objeto nuevamente de calificación por el Registrador de la Propiedad.

admite que la inscripción se practique en virtud de documento privado³, como ocurre en el supuesto de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria. Precisamente, esta seguridad en el tráfico jurídico ha sido esgrimida por el legislador como fundamento para justificar la introducción de un gravamen sobre la «registración»⁴ y siendo más precisos un impuesto sobre la posibilidad o susceptibilidad de registro⁵, con independencia de que exista o no desplazamiento patrimonial. Dicha seguridad es objeto de gravamen en nuestro ordenamiento por parte del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, ITPAJD) y, concretamente, por la modalidad de Actos Jurídicos Documentados (en adelante, AJD) respecto a los documentos notariales.

Llegados a este punto, cabe señalar que el negocio inmobiliario es uno de los sectores más afectados por este tributo, dado que, como luego veremos, éste incide en multitud de operaciones conducentes a la puesta a la venta de pisos, locales, plazas de garaje, etc., con una considerable repercusión en el precio de la vivienda. Una de estas operaciones, objeto de este trabajo, es la relativa a la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, cuyos aspectos jurídico-privados tienen, a nuestro juicio, especial incidencia en su fiscalidad y, en particular, en AJD. En concreto, intentaremos distinguir, en virtud de la diversa configuración dada por la normativa hipotecaria, dos supuestos de distribución y redistribución –necesaria y voluntaria– a efectos de diferenciar a su vez el tratamiento tributario. De esta forma, y a pesar de la autonomía de ambas ramas del ordenamiento, resaltaremos la incidencia de los aspectos jurídico-privados de estas instituciones hipotecarias en su posterior sometimiento a gravamen. Siguiendo a FALCÓN Y TELLA, nos encontramos con un impuesto «ejemplo típico de los que tradicionalmente se han venido denominando impuestos de naturaleza jurídica, entendiendo por tales aquellos cuyo hecho imponible se construye por remisión a otros sectores del ordenamiento, fundamentalmente el Derecho civil y mercantil»⁶. En definitiva, la configuración del ordenamiento como sistema nos obliga a tomar en consideración el enfoque iusprivatista de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria para aplicar posteriormente la normativa tributaria, sin que podamos prescindir del citado enfoque a fin de evitar errores conceptuales.

³ La legislación hipotecaria prevé varios supuestos en que se permite el acceso al registro del documento privado: la inscripción de bienes a favor del heredero único cuando no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia del solo título de la sucesión (arts. 14.3 de la LH y 76 y 79 del RH); la inscripción a favor de legatario de inmuebles determinados cuando toda la herencia se ha distribuido en legados y no existiere contador partidor, ni se hubiere facultado al albacea para la entrega; la inmatriculación de fincas mediante documento privado complementado con acta de notoriedad cuando en aquél no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transferente o enajenante; la cancelación de condición resolutoria explícita mediante instancia privada dirigida al Registrador de la Propiedad; etc. *Vid.* BERMUDO VALERO, M.A.: «La distribución de la carga hipotecaria en documento privado y sus efectos. El artículo 216 del Reglamento Hipotecario. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de enero de 2004», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685, 2004, pág. 2.422.

⁴ TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: ¿Unidad de tributo o impuestos distintos» en la obra colectiva *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 58. En el Derecho comparado, existen otras figuras como el Impuesto de Timbre y el Impuesto de Registro italianos («Imposta di bollo» e «Imposta di Registro»), los derechos de timbre y registro franceses («Droits d'enregistrement et droits de timbre»), los derechos de Timbre, de hipoteca y de documentos judiciales belgas («Droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe»).

⁵ TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «Prólogo» a la obra de VILLARÍN LAGOS, M.: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 15.

⁶ *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Iustel, Madrid, 2005, pág. 16.

A efectos de delimitar el objeto de nuestro trabajo, vamos a circunscribirlo a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido⁷, puesto que los préstamos hipotecarios que están sujetos a Transmisiones Patrimoniales Onerosas (en adelante, TPO)⁸ no quedan sujetos a la cuota variable del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (en adelante, IAJD) por la incompatibilidad entre ambas modalidades⁹. Nuestro estudio tiene especial repercusión en el ámbito de la promoción inmobiliaria, generalmente financiada por entidades bancarias. En la actualidad, asistimos a un período en el que el precio de la vivienda presenta una tendencia preocupantemente alcista, sin que la misma pueda atribuirse exclusivamente al coste del suelo. Por el contrario, juzgamos que también inciden de forma considerable los diversos tributos que gravan la propiedad y el negocio inmobiliario¹⁰. Ante esta circunstancia, y como no podía ser de otra forma, el constructor o el promotor traslada la carga tributaria al particular vía precio, encareciéndolo para poder mantener los beneficios deseados. Aunque la variedad de impuestos que recaen sobre esta realidad es abundante, nos vamos a centrar en el ITPAJD y, en concreto, en AJD en la modalidad de cuota variable en los supuestos de distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria.

Nos encontramos ante un gravamen sumamente controvertido respecto a ciertas operaciones inmobiliarias por las dudas existentes acerca de su adecuación a los principios de justicia tributaria. Desde hace décadas, y como intentaremos demostrar, existen ciertos supuestos relacionados con la actividad inmobiliaria gravados por la cuota gradual de AJD en los que la manifestación de capacidad económica brilla por su ausencia: declaración de obra nueva, segregación y agrupación de fincas, división propiedad horizontal, distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, etc.¹¹ A pesar de la evidente inexistencia de desplazamiento patrimonial, estas operaciones han estado y siguen estando sujetas a gravamen por la modalidad de AJD, dado que se cumplen los requisitos fijados por el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, TRLITPAJD) que determinan el nacimiento de la obligación

⁷ Es decir, aquellos realizados por empresarios o profesionales.

⁸ Concertados entre particulares.

⁹ Vid. CALVO VÉRGEZ, J.: «La constitución y transmisión de derechos en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados: Cuestiones conflictivas planteadas a la luz de los distintos supuestos», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 5, 2004, págs. 35 y ss.

¹⁰ ISAC AGUILAR, J.: «Tratamiento del suelo urbano en los impuestos de transmisiones y actos jurídicos documentados: presente y futuro», *Crónica Tributaria*, núm. 30, 1979, págs. 67 y ss. El citado autor señala que «el suelo y los bienes inmuebles en general han estado gravados en nuestro sistema tributario, constituyendo importante fuente de ingresos para el Erario público». Asimismo, vid. IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «La cuota gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados desde una interpretación principalista», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 186, 1998, pág. 86.

¹¹ CALVO ORTEGA, R.: «La tributación de la declaración de obra nueva», *Crónica Tributaria*, núm. 7, 1973, págs. 103 y ss.; CONDE CONDE, M.: «La declaración de obra nueva y la división horizontal como actos sujetos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados», *Crónica Tributaria*, núm. 8, 1974, págs. 223 y ss.; GARCÍA CARCÍA, J.M.: «Agrupación de solares, obra nueva e Impuesto de Actos Jurídicos Documentados», *Crónica Tributaria*, núm. 32, 1980, págs. 239 y ss.; IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «La cuota gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados desde una interpretación principalista», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 186, 1998, págs. 98 y ss.; MENÉNDEZ, J.: «Segregaciones, agrupaciones de fincas y declaraciones de obra nueva ante el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados», *Crónica Tributaria*, núm. 3, 1972, págs. 199 y ss.; MERINO JARA, I.: «La mera distribución de la responsabilidad hipotecaria no es un acto jurídico sujeto al Impuesto, ya que los actos produjeron efectos jurídicos propios fueron la concertación de los préstamos y la segregación de fincas que previamente fueron liquidadas», *Gaceta fiscal*, núm. 216, págs. 157 y ss.

tributaria. Sin embargo, juzgamos que en los supuestos descritos, con independencia de que se cumplan las exigencias del artículo 31.2 del TRLITPAJD, existe una clara vulneración del principio de capacidad económica y, por tanto, del artículo 31.1 de nuestra Constitución.

Ante la problemática de vigente actualidad que representa el acceso a la vivienda y que ha originado, incluso, la creación de un Ministerio específico, juzgamos que la supresión de este gravamen en los supuestos descritos puede ser una de las diversas soluciones a implementar para abaratar su precio. No obstante, existen otros intereses que dificultan considerablemente la adopción de esta medida. En particular, la naturaleza del ITPAJD de impuesto cedido a las Comunidades Autónomas y el auge del sector de la construcción implican un volumen de ingresos significativo para estos entes territoriales ¹², cuya pérdida difícilmente estarán dispuestos a aceptar sin compensación alguna. Así ha sido señalado tanto por las Comunidades Autónomas afectadas ¹³ como por Registradores ¹⁴ ante la posibilidad de que las operaciones de distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria quedasen excluidas de gravamen.

Ante estas controversias –supuestos de no sujeción y vulneración del principio de capacidad económica– cuya solución sólo parece posible a través bien de una modificación de los criterios administrativos y judiciales bien de una declaración de inconstitucionalidad del IAJD en los casos descritos, nos centraremos en uno de estos supuestos en que los avatares registrales han permitido vislumbrar un supuesto de economía de opción que nos consentiría sortear el citado gravamen. En concreto, vamos a abordar la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria mediante documento privado. De esta forma, comprobaremos que, cuando la misma se realiza mediante escritura pública, nos encontramos ante otro supuesto en que Administración y Tribunales consideran que se cumplen, en todo caso, los requisitos fijados por el Texto Refundido para su sometimiento a gravamen por AJD. Éste es el criterio seguido, con independencia de que, en determinados casos, pensemos que ni siquiera proceda por no poderse detectar varias convenciones. A mayor abundamiento y tal y como intentaremos demostrar, juzgamos que, en ninguna de estas operaciones, existe desplazamiento patrimonial y, por tanto, manifestación de capacidad económica, derivándose su sometimiento a gravamen de la naturaleza del impuesto. En concreto y según el Tribunal Supremo (en adelante, TS) y nuestro legislador, procedería por la especial protección derivada de la documentación notarial de la citada operación y de la posibilidad de acceso al Registro público correspondiente.

Sin embargo, tras la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RDGRN), de 7 de enero de 2004 ¹⁵, se permite realizar la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria mediante documento privado. En resumidas cuentas, se establece que

¹² Aunque respecto a tributos como el IRPF o el IVA las cantidades recaudadas no son significativas en el ámbito estatal, podría pensarse que sí revisten gran importancia para las arcas de las Comunidades Autónomas. Cuestionando la importancia recaudatoria para estos entes territoriales, *vid.* VILLARÍN LAGOS, M.: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, págs. 26 y 27.

¹³ La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en el recurso interpuesto en casación de ley, señaló la merma de capacidad recaudatoria que supondría declarar estas operaciones no sujetas. *Vid.* la STS de 24 de octubre de 2003 (ref. Aranzadi RJ 2003, 7844).

¹⁴ *Vid.* la RDGRN de 7 de enero de 2004 (publicada en el BOE del 17 de febrero de 2004 y ref. Aranzadi RJ 2004\4881).

¹⁵ *Vid.* la nota de denegación realizada por el Registrador (RDGRN de 7 de enero de 2004 (ref. Aranzadi RJ 2004\4881)).

éste también se erige en título inscribible según lo dispuesto en el artículo 216 del Reglamento Hipotecario (en adelante, RH) ¹⁶, abriéndose nuevas posibilidades desde el punto de vista tributario. El supuesto de hecho típico al que nos referimos sería el de aquel constructor o promotor que no teniendo definido desde el primer momento la división horizontal, constituye la hipoteca que garantiza el préstamo sobre el terreno o sobre la construcción aún no dividida horizontalmente. Posteriormente, una vez madurado el proyecto, tiene que proceder a la división horizontal del edificio y, con la finalidad de facilitar la posible subrogación de los futuros compradores, a la redistribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos pisos, locales, garajes, etc. Hasta fechas muy recientes, cabe señalar que la citada redistribución se realizaba exclusivamente mediante escritura pública, siendo posible en la actualidad realizarlo en documento privado y eludir así el IAJD.

En suma, para afrontar este estudio, ceñiremos nuestro trabajo, dentro de los diversos casos de negocios inmobiliarios en que la capacidad económica brilla por su ausencia, a los supuestos de distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria. De esta forma, analizaremos la naturaleza jurídico-privada del supuesto de hecho así como sus requisitos formales y sus condiciones de inscripción registral, para posteriormente ocuparnos de su fiscalidad. Enmarcado el objeto de nuestro análisis, recopilaremos el criterio administrativo de la Dirección General de los Tributos (en adelante, DGT) así como de las Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC) para posteriormente analizar la abundante jurisprudencia existente y concluir con la STS de 24 de octubre de 2003, dictada ante el recurso de casación en interés de Ley interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Posteriormente, realizaremos una reflexión doctrinal sobre el citado gravamen, incidiendo en los requisitos que conforman el hecho imponible para poner de relieve, atendiendo a la configuración jurídico-privada de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, la existencia de diversos supuestos de no sujeción. A renglón seguido, analizaremos la efectiva existencia o inexistencia de una manifestación de capacidad económica en los supuestos descritos para dilucidar la constitucionalidad de la cuota variable en la modalidad de AJD. Ante la ausencia de declaración de inconstitucionalidad del citado gravamen y de la inobservancia de la verdadera naturaleza jurídico-privada de determinados supuestos de distribución y redistribución hasta la fecha, analizaremos la oportunidad brindada por la RDGRN de 7 de enero de 2004 ¹⁷ de soslayar el IAJD mediante un supuesto de economía de opción. Esta posibilidad derivaría de la admisibilidad de la inscripción mediante documento privado de las citadas operaciones relativas a la responsabilidad hipotecaria. Por último, presentaremos las conclusiones de nuestro trabajo, sistematizando los diversos supuestos de distribución y redistribución –necesaria o voluntaria– de la responsabilidad hipotecaria y su tratamiento tributario para posteriormente reincidir en la utilización del documento privado como medio para lograr una importante economía de opción.

¹⁶ El citado precepto establece que «no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder. Los interesados podrán acordar la distribución en el mismo título inscribible o en otro documento público, o en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas. La misma norma se aplicará a las inscripciones de censos y anticresis. Lo dispuesto anteriormente no será aplicable a las anotaciones preventivas».

¹⁷ Ref. Aranzadi RJ 2004\4881.

2. LA DISTRIBUCIÓN Y REDISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA: CONSIDERACIONES JURÍDICO-PRIVADAS

Como acabamos de apuntar, fiscalmente, la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria se vienen considerando como supuestos sujetos al IAJD. En el presente epígrafe abordaremos el análisis de dos aspectos de la configuración jurídico-privada de estas instituciones que, a nuestro juicio, deberían incidir de manera inmediata en su tratamiento fiscal: su naturaleza jurídica y sus requisitos formales. Este enfoque, realizado desde una perspectiva iusprivatista, se justifica, de una parte, porque como hemos señalado anteriormente, el IAJD es un impuesto de «naturaleza jurídica» –expresión acuñada por FALCÓN Y TELLA– cuyo hecho imponible se integra por remisión a otros sectores del ordenamiento jurídico, y en este caso, al Derecho civil¹⁸; de otra parte, por el hecho de que, ante la configuración genérica del IAJD, la interpretación administrativa y jurisprudencial no distingue adecuadamente la pluralidad de supuestos de naturaleza heterogénea que pueden ser englobados dentro de los amplios márgenes de la figura de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria.

En este sentido, podemos adelantar que consideramos que existen algunos supuestos de distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria respecto de los cuales, si atendemos a su configuración jurídico-privada se constata su no sujeción, al constituir meros elementos de determinación del objeto del negocio jurídico constitutivo o modificativo de la hipoteca, que es en realidad el acto o contrato que se sujeta a este tributo. Todo ello con independencia de que, junto a estos argumentos de índole jurídico-privada, existan además motivos de orden tributario que aconsejen y que, incluso, puedan determinar la supresión del impuesto por contravenir abiertamente los principios constitucionales en materia tributaria.

Prima facie y antes de abordar la naturaleza jurídica de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, debemos partir de las relaciones entre la determinación de la responsabilidad hipotecaria y el principio de especialidad. Este último constituye uno de los principios fundamentales de nuestro sistema registral, en cuya virtud, circunscribiéndonos a la hipoteca, se proscriben las hipotecas generales sobre todo el patrimonio del deudor y se protege el tráfico jurídico al permitir a los futuros adquirentes, a través de la institución registral, conocer perfectamente la situación jurídica de los bienes que pretenden adquirir.

Como ha puesto de relieve Díez-PICAZO¹⁹, el principio de especialidad en materia de derechos reales –que no es sólo un principio registral, sino que tiene vigencia en todo el ámbito de los derechos reales– conlleva mayores exigencias que las que se derivan de la concreción del objeto de la relación jurídico-obligatoria contemplada en el artículo 1.273 del Código Civil (en adelante, CC)²⁰. La determinación del derecho real exige, no sólo que se identifique perfectamente el bien que cons-

¹⁸ *Vid. supra* pág. 7, nota 7.

¹⁹ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III. Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 130 y 168.

²⁰ Señala el artículo 1.273 CC que «el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes».

tituye su objeto, sino también que se delimite con total precisión la extensión del derecho así como su titularidad. Esta idea aparece claramente en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) y en el desarrollo reglamentario efectuado por el artículo 51 del RH, que en sus diferentes números van reseñando todas las circunstancias que es necesario reflejar en la inscripción para que la relación jurídico-real quede perfectamente determinada. Entre ellas, el artículo 9.2 de la LH se refiere a la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba, precepto desarrollado en cuanto a la extensión del derecho por el artículo 51.6 del RH, que señala que «para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente [...]».

En este orden de ideas, cabe resaltar que las normas examinadas hablan de «circunstancias» que determinen la extensión del derecho, o de «expresión circunstanciada de todo lo que según el título» determine la extensión del derecho. Se infiere, por tanto, que los elementos de la relación jurídico-real (titular, finca y contenido del derecho inscrito) se concretan a través de la reseña de esas circunstancias. Pues bien, no cabe duda de que la responsabilidad hipotecaria es una de las circunstancias que determinan el derecho real de hipoteca al establecer el límite de responsabilidad de los bienes hipotecados. Por esta razón, en relación con el derecho de hipoteca, el principio de especialidad exige, entre otras circunstancias, la exacta determinación tanto de la obligación asegurada como del importe de la responsabilidad real hipotecaria a la que queda sujeta el bien hipotecado ²¹, debiendo figurar ambas circunstancias en la inscripción registral, conforme a lo dispuesto en los artículos 12, 114 y 153 de la LH ²².

Como es natural, tanto la legislación hipotecaria como la notarial exigen que el título inscribible contenga todas las menciones determinantes del derecho que necesariamente deban hacerse constar en la inscripción ²³, y entre ellas, en el caso de la hipoteca, la responsabilidad hipotecaria a

²¹ Aunque íntimamente ligados, ambos elementos (importe de la obligación asegurada y responsabilidad hipotecaria) no son conceptos idénticos ni constituyen siempre magnitudes coincidentes. En la hipoteca ordinaria o de tráfico, es decir, en la que se constituye en garantía de obligaciones que en el momento de constitución de la garantía real están perfectamente determinadas en su existencia y cuantía, así como en la hipoteca de seguridad en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición suspensiva, el importe de la responsabilidad hipotecaria coincide con el de la obligación asegurada. Por el contrario, en la hipoteca de máximo, es decir, aquella que se constituye para asegurar una obligación que no puede ser determinada exactamente en su cuantía en el momento de constitución de la hipoteca, en el título constitutivo tan sólo podrán determinarse los criterios determinantes de la cuantificación de la deuda. Para salvar las exigencias derivadas del principio de especialidad, en este caso se establece una responsabilidad máxima hipotecaria, de tal forma que los bienes hipotecados sólo responden del límite de responsabilidad hipotecaria reseñada, con independencia de que la deuda, que inicialmente no pudo ser cuantificada, realmente sea mayor que la responsabilidad máxima hipotecaria fijada en el título constitutivo de la hipoteca y en la inscripción.

²² Señala el artículo 12 de la LH que «Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubiesen estipulado». Por su parte, el 114 de la LH establece: «Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años». Por último, el artículo 153, en su párrafo primero dispone: «Podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, determinándose en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca y el plazo de duración, haciendo constar si éste es o no prorrogable, y caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta».

²³ Desde un punto de vista formal la legislación hipotecaria exige que todas las circunstancias que determinan el derecho inscrito figuren en la inscripción registral. Conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la LH, la omisión o la inexactitud sustancial de alguna de estas circunstancias determina la nulidad de la inscripción.

la que queden afectos los bienes. Así, el artículo 21 de la LH señala que los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse, expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción, y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos²⁴. En suma, y a tenor de lo expuesto, se desprende que en la escritura pública de constitución o modificación de hipoteca debe figurar la responsabilidad hipotecaria a la que queda sujeta la finca, dado que constituye una circunstancia determinante del derecho que debe recoger la inscripción registral.

A tenor de lo expuesto, cabe plantearse qué ocurre en el caso de que en el título constitutivo de la hipoteca no se refleje la responsabilidad hipotecaria de la finca gravada, o se incurra en un error en su determinación. Como pone de relieve Díez-PICAZO²⁵, «entre la determinación objetiva que se exige para la existencia y eficacia de un contrato y la más perfilada determinación que exige el derecho real, existe alguna distancia». Por esta razón, a pesar del vicio o defecto del que adolece, el negocio jurídico constitutivo puede ser eficaz, salvo que los defectos en la determinación del objeto del derecho sean tales que, en realidad, estemos ante un supuesto de absoluta indeterminación. Surge en este caso una relación jurídico-real en estado de pendencia o una relación obligatoria instrumental, a la espera de que concretándose la determinación del derecho, surja la relación jurídico-real definitiva. Sin embargo, el derecho real no queda constituido, no nace, porque su existencia exige su plena determinación.

Desde un punto de vista registral, la perfecta determinación del derecho real conforme a las circunstancias previstas en los artículos 9 de la LH y 51 del RH, así como los que sean de aplicación en supuestos concretos (como por ejemplo la hipoteca) se erige en requisito de inscribibilidad del título constitutivo²⁶. En consecuencia, la falta de determinación del derecho impide la inscripción del título mientras el defecto no sea subsanado. Técnicamente, el Registrador emitirá una calificación registral negativa, suspendiendo la inscripción por defecto subsanable. Obviamente, la falta de inscripción tiene especial relevancia en relación con derechos que, como la hipoteca, requieren con carácter constitutivo su inscripción en el Registro de la Propiedad. Centrándonos en este concreto derecho real, podemos señalar que la omisión de la responsabilidad hipotecaria o su reseña inexacta no motivará la nulidad del negocio jurídico-constitutivo salvo que este error vaya acompañado de otros que en su conjunto impliquen una absoluta indeterminación de la finca hipotecada o del derecho constituido. El negocio jurídico es válido, por tanto, pero no puede ser objeto de inscripción mientras que el defecto no sea subsanado.

Llegados a este punto debemos resaltar una primera conclusión: la determinación de la responsabilidad hipotecaria no representa un negocio jurídico distinto del negocio constitutivo de la hipoteca, sino que viene configurada como una circunstancia necesaria para que este negocio des-

²⁴ El artículo 22 del mismo texto legal señala que el Notario que cometiera alguna omisión que impida inscribir el acto o contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, la subsanará extendiendo a su costa una nueva escritura, si fuere posible, e indemnizando, en su caso, a los interesados de los perjuicios que ocasionare su falta. En el mismo sentido se expresan los artículos 156 y siguientes del Reglamento Notarial al regular los instrumentos públicos notariales.

²⁵ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III. Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 130.

²⁶ La jurisprudencia hipotecaria incide especialmente en esta consideración.

pliegue plenamente su eficacia, dé lugar a la constitución del derecho real, y pueda ser inscrito en el Registro de la Propiedad. Quizás esta conclusión pueda parecer obvia, pero a nuestro juicio conviene resaltarla desde el primer momento, puesto que, paradójicamente, cuando pasamos del momento constitutivo del derecho a las situaciones que modifican el derecho ya constituido, esta idea es frecuentemente olvidada.

Como hemos visto, la omisión de la responsabilidad hipotecaria obliga a subsanar el título para posibilitar su inscripción registral. Esta subsanación deberá hacerse por los medios previstos en el artículo 153 del Reglamento Notarial (en adelante, RN) y en el artículo 110 del RH: diligencia en la propia escritura matriz, acta notarial, escritura de subsanación o instancia privada con firmas legitimadas notarialmente o ratificadas ante el Registrador ²⁷. Evidentemente, la elección de uno u otro medio de subsanación dependerá de las circunstancias que concurran en el caso concreto. Al objeto de nuestro estudio, debemos centrarnos en los supuestos en los que la subsanación se realiza mediante documento separado de la escritura de constitución de la hipoteca: acta de subsanación, escritura de subsanación o instancia privada.

En todos estos casos nos hallamos ante documentos que cumplen una función instrumental respecto del título subsanado. No constituyen actos jurídicos autónomos, puesto que sólo tienen sentido, y sólo pueden desplegar sus efectos, con relación al negocio jurídico que subsanan. El hecho de que se formalicen en documento separado no puede llevarnos al error de considerar que se trata de un acto jurídico autónomo y distinto al subsanado. Del mismo modo que un solo documento puede recoger dos negocios jurídicos distintos (dos convenciones en la terminología del impuesto), en este caso, un negocio jurídico, una sola convención, se formaliza en dos documentos separados ²⁸.

Analizada la determinación de la responsabilidad hipotecaria con carácter general, vamos a centrarnos en la primera de las cuestiones relativas a su distribución: la concreción del principio de determinación en el caso de que la hipoteca se constituya sobre una pluralidad de bienes. En este supuesto, nuestro ordenamiento exige de manera ineludible que se determine la parte del crédito del que va a responder cada una de las fincas hipotecadas. Frente al sistema de hipoteca no distribuida o hipoteca solidaria, en el que cada una de las fincas hipotecadas responde de la totalidad de la deuda garantizada, se consagra en nuestro derecho el sistema de distribución de la responsabilidad hipotecaria. La formulación legal del principio se recoge en el artículo 119 de la LH, que establece que «cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder». Completa este precepto el artículo 216.1 del RH, que señala que «no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que [...] se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder».

²⁷ Sobre este tema *vid.* EGEA IBÁÑEZ, R.: «Nulidad del instrumento público. Sus clases. Valor del documento notarial nulo por defecto de forma. Subsanación de errores. Falsedad del instrumento público», *La Notaría*, número 3/1998, Vlex §IN404.

²⁸ Aunque fiscalmente esta cuestión pueda parecer empañada por el hecho de que en ocasiones escrituras calificadas por las partes de «rectificación» se sujeten a tributación independiente del negocio que subsanan, en realidad, en estos casos, bajo el manto de una pretendida rectificación se otorgan verdaderos negocios modificativos del inicial. La práctica cotidiana, sin embargo, demuestra que el documento otorgado para subsanar un defecto apreciado por el Registrador en su calificación no queda sujeto a tributación. *Vid.* págs. 59 y ss.

Como hemos dicho, la distribución de la responsabilidad hipotecaria constituye una aplicación concreta del principio de especialidad al supuesto de pluralidad de bienes hipotecados. En este caso concreto, además de fijar el límite de la responsabilidad hipotecaria, es necesario distribuirlo entre las diversas fincas, de tal forma que quede determinado el límite de responsabilidad de cada una de ellas ²⁹. El fundamento del principio de distribución radica en el fomento del crédito territorial, dado que se ha considerado que la hipoteca solidaria constituye un obstáculo para el desarrollo del crédito garantizado con hipoteca. Estamos pues ante un requisito impuesto atendiendo a un interés público y que, en consecuencia, tiene carácter imperativo, por lo que no cabe pacto en contrario por el que se constituya hipoteca solidaria entre varias fincas registrales ³⁰. El incumplimiento del deber de distribución implicará que el Registrador de la Propiedad deba suspender la inscripción del título constitutivo de la hipoteca por adolecer de un defecto de carácter subsanable: la falta de distribución de la responsabilidad hipotecaria.

Una de las cuestiones que plantea la distribución de la responsabilidad hipotecaria es qué efectos produce tanto respecto del derecho real de hipoteca como respecto de la obligación asegurada con la garantía real. En relación con el primer aspecto, señala ROCA SASTRE que «el efecto inmediato de hacerse la distribución es el de quedar constituidas tantas hipotecas como fincas», citando abundante jurisprudencia en la que se recoge este efecto. No obstante, el propio autor matiza esta afirmación, al señalar que «quizá no sea del todo cierto que siempre se constituyan varias hipotecas independientes las unas de las otras, porque en rigor sólo hay una hipoteca; lo que sucede es que cuando no se trata de efectos entre los contratantes, sino frente a terceros, es cuando actúa la limitación que la distribución envuelve, de manera que ante éstos, prácticamente, es como si la hipoteca única se dislocara en tantas hipotecas como fincas» ³¹.

En efecto, a pesar de la distribución, sigue habiendo una sola hipoteca, cuyo objeto lo constituyen una pluralidad de fincas: el derecho es único, el objeto del derecho se integra por varios bienes. Únicamente en el caso de que con posterioridad a la distribución de la responsabilidad hipote-

²⁹ La práctica notarial recoge en las escrituras de constitución de hipoteca de una forma muy gráfica esta distinción. Tras identificar los bienes hipotecados, se pasa a determinar la responsabilidad hipotecaria total derivada de la constitución de la hipoteca (magnitud que constituye la base imponible en el IAJD); a continuación, dicha responsabilidad hipotecaria total se distribuye entre los diversos bienes hipotecados, bien en la forma que se determina en una cláusula en la propia escritura, bien por remisión al cuadro de distribución de la responsabilidad hipotecaria que se incorpora a la escritura como anexo. Veamos un ejemplo tomado de una minuta de préstamo hipotecario entidad financiera: «CLÁUSULA DECIMOCTAVA. Con independencia de las obligaciones personales que incumben a la parte prestataria y al avalista, la mercantil xxxxxxxx por medio de su representante, constituye hipoteca a favor de Banco de xxxxxxxx, de conformidad con las siguientes reglas: a) Naturaleza de la hipoteca: La hipoteca que se constituye lo es en garantía de una sola obligación, es decir, en garantía del cumplimiento del pago del préstamo y sus intereses; b) Garantía: La hipoteca que se constituye garantiza al Banco los siguientes conceptos: 1. El principal del préstamo, xxxxx euros; 2. Hasta un máximo del 5% del principal para garantizar intereses remuneratorios; 3. Hasta un máximo del 35% del principal para garantizar intereses de demora; 4. Hasta un máximo del 15% del principal para costas y gastos de ejecución. Se establece un total responsabilidad hipotecaria de xxxxxx según la concreta responsabilidad hipotecaria de cada una de las fincas según se indica en anexo que los intervinientes me entregan y dejo incorporado a esta matriz».

³⁰ ROCA SASTRE, R.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario (Tomo VIII)*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1998, pág. 217.

³¹ ROCA SASTRE, R.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario (Tomo VIII)*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1998, pág. 237. En el mismo sentido PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho Hipotecario. (Tomo II)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

caría aparezcan terceros que adquieran derechos reales sobre los bienes hipotecados, lo que ocurrirá si alguno de los bienes hipotecados pasa a manos de un tercer poseedor (supuesto al que habrá de equipararse el de la constitución de hipoteca por hipotecante no deudor), o en aquellos supuestos en los que sobre los bienes gravados se constituyan derechos o gravámenes posteriores, el derecho real de hipoteca se divide, surgiendo tantas hipotecas como fincas sean las hipotecadas. Por esta razón, el artículo 120 de la LH circunscribe la limitación de la responsabilidad hipotecaria que se deriva de la distribución a los supuestos en los que la ejecución hipotecaria se insta «en perjuicio de tercero». En ausencia de terceros, cuando los únicos sujetos de la relación jurídica hipotecaria son el deudor hipotecante y el acreedor hipotecario, a pesar de la distribución de la responsabilidad hipotecaria la responsabilidad de los bienes hipotecados es, en realidad, solidaria.

En cuanto a la incidencia de la distribución de la responsabilidad hipotecaria sobre el crédito garantizado, señala ROCA SASTRE que la cuestión ha de resolverse en el sentido de que, como regla general, la distribución de la suma de responsabilidad no divide el crédito; no destruye la unidad del crédito total garantizado, y por lo tanto, el acreedor hipotecario no está obligado a recibir pagos parciales.

Como pone de relieve el propio autor ³², los artículos 123 y 124 de la LH parecen imponer una solución distinta. Sin embargo, el artículo 123 de la LH, cuando alude a la división del crédito hipotecario, lo hace con impropiedad terminológica. En cuanto a la cancelación parcial prevista en el artículo 124 de la LH, su interpretación ha de hacerse de forma sistemática con lo dispuesto en los artículos 1.669 del CC y 221 del RH. El primero de estos preceptos consagra el principio de indivisibilidad del pago, al señalar en su párrafo primero que «a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación». Pues bien, la mera distribución de la responsabilidad hipotecaria no supone, *per se*, autorización para realizar pagos parciales no previstos de forma expresa. Ahora bien, si estos pagos parciales se han admitido al constituirse la obligación garantizada (como ocurre en aquellos casos de amortización en vencimientos periódicos de la obligación garantizada), una vez que se ha pagado una parte de crédito cuya cuantía cubra la responsabilidad hipotecaria a la que ha quedado sujeta alguna de las fincas hipotecadas, el acreedor hipotecario vendrá obligado a consentir la cancelación parcial de la hipoteca respecto de dicha finca. Pero el artículo 124 no obliga al acreedor a que acepte un pago parcial cuando no está expresamente previsto, ni modifica el artículo 1.169 del CC; tan sólo opera en aquellos casos en el que el pago parcial de la obligación es voluntariamente aceptado por el acreedor o está previsto en el contrato de forma expresa, sin que quepa entender que por la distribución de la responsabilidad hipotecaria se entiende concedida esta autorización.

Sólo en el caso de que la finca haya pasado a manos de un tercer poseedor cabe imponer al acreedor, aun cuando no esté previsto en el negocio jurídico constitutivo de la obligación, el pago parcial. Así se desprende del artículo 221 del RH, cuando señala: «distribuido el crédito hipotecario entre varias fincas, conforme al artículo 119 de la LH, si alguna de ellas pasare a tercer poseedor,

³² ROCA SASTRE, R.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario (Tomo VIII)*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1998, pág. 239.

éste podrá pagar al acreedor el importe de la responsabilidad especial de la misma y, en su caso, el de los intereses correspondientes y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas». Este precepto confirma que el pago parcial no autorizado contractualmente sólo puede imponerse al acreedor por el tercer poseedor, constituyéndose de esta forma, una excepción a lo dispuesto en el artículo 1.169 del CC.

En resumen, la distribución de la responsabilidad hipotecaria no afecta a la unidad del crédito garantizado ni a la unidad de la hipoteca ³³ y, en consecuencia, si se realiza *a posteriori* no modifica la relación jurídica hipotecaria. Ello implica, como luego veremos, una serie de consecuencias a la hora de determinar la naturaleza jurídica del negocio de distribución de la responsabilidad hipotecaria ³⁴.

Lo expuesto no impide, sin embargo, que convencionalmente se establezca, *ab initio* e *inter partes*, el efecto de reputar el crédito y la hipoteca divididos entre las diversas fincas hipotecadas. En la práctica notarial se observa que, en los préstamos a promotor y con la finalidad de facilitar o clarificar la subrogación de los futuros compradores en el préstamo, se establece que desde el mismo momento constitutivo del préstamo hipotecario existen tantas hipotecas y créditos como fincas, sin perjuicio de que a «efectos contables» se consideren agrupados todos los préstamos, entregándose su importe conjuntamente y fijándose una única cuota de amortización, y se unifiquen las condiciones financieras. Ahora bien, en realidad en este caso no cabe hablar de distribución de la responsabilidad hipotecaria, puesto que cada crédito se garantiza con una hipoteca sobre una única finca ³⁵.

³³ En ocasiones, las minutas de préstamo hipotecario destacan el hecho de que a pesar de la distribución, la unidad de la hipoteca y del crédito garantizado no se ven afectadas. Podemos ver un ejemplo en la siguiente minuta: «CLÁUSULA PRIMERA. CONCESIÓN DEL PRÉSTAMO. [...] la parte prestataria ha recibido en concepto de préstamo mediante ingreso en su cuneta n.º xxxxx de la Unidad Hipotecaria del Banco xxxxxxxx la cantidad de xxxxxx euros [...]; CLÁUSULA SEGUNDA. FINALIDAD DEL PRÉSTAMO. Esta operación de préstamo con garantía hipotecaria tiene por objeto y finalidad directa la financiación al promotor de la construcción de viviendas que luego se relacionan y posibilitan la venta y subsiguiente subrogación de los futuros adquirentes siempre que previo estudio de solvencia y riesgo haya sido admitido por Banco xxxxxxxx, por lo que en su momento se entenderá que existen tantos préstamos como viviendas descritas, respondiendo cada una del capital que se detalla en la tabla de responsabilidades hipotecarias que se acompaña a la presente escritura; de forma que podrá confeccionarse para cada una de ellas la oportuna Tabla de Amortización; CLÁUSULA DECIMOCTAVA. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA. [...] Naturaleza de la hipoteca. La hipoteca que se constituye lo es en garantía de una sola obligación, es decir, en garantía del cumplimiento del pago del préstamo y sus intereses». Como vemos, en este caso, en el que la responsabilidad hipotecaria se distribuye en el momento de constitución de la hipoteca, se especifica que se garantiza una sola obligación, sin perjuicio de que posteriormente, cuando como consecuencia de la venta de los pisos aparezcan los terceros adquirentes, el préstamo y la hipoteca se reputen divididos conforme a la responsabilidad hipotecaria individual de cada finca.

³⁴ La consideración de que la distribución de la responsabilidad hipotecaria divide la hipoteca ha sido esgrimida en varias sentencias como argumento para justificar la sujeción al IAJD de la distribución en los casos del artículo 123 de la LH. También se incide en este aspecto en algunas Resoluciones de la DGT para determinar el régimen fiscal de las ampliaciones de hipoteca ya distribuida. *Vid.* págs. 22 y ss.

³⁵ Un ejemplo puede verse en la siguiente minuta de préstamo hipotecario: «CLÁUSULAS FINANCIERAS. CAPITAL DEL PRÉSTAMO. El Banco hace a D. Xxxxxxx (5) cinco préstamos (cada uno por el importe que luego se dirá) cuya suma total es de xxxxxxxxxxx euros». A pesar de que se considera que se conceden cinco préstamos, en la minuta se establece una única cuota de amortización periódica, y un único plazo de vencimiento final. No obstante, a pesar de la «unificación» de las condiciones financieras de los préstamos, en la minuta queda claro que se reputan *ab initio* préstamos distintos, por lo que en realidad, aquí, más que de «cuadro de distribución de la responsabilidad hipotecaria», debería hablarse de «cuadro de determinación de la responsabilidad hipotecaria».

En otras ocasiones, después de constituido el préstamo sobre el solar, se otorga la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, y se formaliza notarialmente la división del préstamo ³⁶.

Si bien la regla general en nuestro derecho es la distribución de la responsabilidad hipotecaria, este principio encuentra algunas excepciones, entre las que destacan dos supuestos: la hipoteca sobre un edificio sujeto al régimen de la propiedad horizontal, conforme a lo previsto en el artículo 218 del RH, y los supuestos de división *a posteriori* de la finca hipotecada, que contempla el artículo 123 de la LH. Señala este último precepto 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 garantizada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera, o contra todas a la vez». En este caso la ley no impone la distribución, aunque admite que voluntariamente pueda llevarse a efecto; en caso contrario surge una hipoteca solidaria ³⁷. Por su parte, el artículo 218 del RH establece que «cuando los diferentes pisos o departamentos de una casa pertenezcan a diversos propietarios, conforme a lo establecido en el artículo 396 del CC, podrán acordar los dueños de aquéllos la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de la finca, sin que sea necesaria la previa distribución entre los pisos [...] El acreedor hipotecario sólo podrá hacer efectivo su derecho en estos casos, dirigiéndose contra la totalidad del edificio».

Como vemos, la legislación hipotecaria únicamente se ocupa de la distribución de la responsabilidad hipotecaria en dos supuestos: bien cuando *ab initio* se van a hipotecar varias fincas en garantía de un solo crédito, para imponer con carácter necesario la distribución de la responsabilidad hipotecaria –salvo el caso de hipoteca sobre edificio dividido en propiedad horizontal–; bien cuando hipotecada una sola finca, con posterioridad se producen modificaciones en la finca de las que resulta su división en varias, estableciendo en este caso la voluntariedad de la distribución. Sin embargo, la práctica cotidiana nos presenta otros supuestos distintos de los anteriores en los que el problema de la distribución de la responsabilidad hipotecaria vuelve a aflorar. Se trata de casos en los que, como consecuencia de modificaciones en la relación jurídica garantizada, la responsabilidad hipotecaria a la que quedaron inicialmente sujetos los bienes hipotecados debe ser objeto de revi-

³⁶ A este supuesto responde el siguiente modelo de minuta: «ESCRITURA DE DIVISIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. ANTECEDENTES. A) La Caja xxxxx a virtud de escritura de fecha [...] concedió a Don xxxxxx un préstamo originariamente por xxxxxxxxxx euros. Dicho préstamo, al margen de la garantía personal, constituida en la citada escritura, quedó garantizado con primera hipoteca sobre la finca: (*se describe el solar*); [...] E) Que sobre la finca mencionada la parte deudora tiene en fase de construcción de la citada edificación cuya obra nueva y división horizontal han sido declaradas en escritura autorizada [...]; F) Que las partes han acordado la división de la total cantidad del préstamo reseñado en tantos préstamos como viviendas resultan de la división horizontal, fijando condiciones únicas comunes para la devolución de tales préstamos, quedando hipotecadas en garantía de los mismos las nuevas fincas resultantes de la obra nueva y división horizontal referida, con la posibilidad de financiar la compra de los futuros adquirentes de dichas fincas mediante la subrogación en el préstamo hipotecario afectante a cada una de ellas [...].».

³⁷ En idéntico sentido se expresa el artículo 11.8 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, al referirse a la posibilidad de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas resultantes de la reparcelación o compensación, al admitirla en los casos en los que exista acuerdo entre los interesados que podrá formalizarse en el propio expediente administrativo o en escritura notarial complementaria.

sión o redistribución ³⁸. Así ocurre, por ejemplo, en los supuestos de ampliación del préstamo hipotecario, cuando para garantizar el préstamo inicial se hipotecaron varios bienes distribuyéndose la responsabilidad hipotecaria entre los mismos; en los de ampliación de la hipoteca sobre otros bienes no inicialmente hipotecados; y en los supuestos de liberación de responsabilidad hipotecaria de algunos de los bienes inicialmente hipotecados. Otro supuesto que plantea diversas cuestiones es el de división del préstamo para cuya garantía se hipotecaron una o varias fincas. En estos casos, más que de distribución de la responsabilidad hipotecaria debemos hablar de redistribución, dado que lo que se produce es una modificación de la distribución inicialmente realizada como consecuencia de diversas modificaciones en la relación jurídica hipotecaria ³⁹.

Partiendo de los supuestos expresamente contemplados por nuestro ordenamiento, vamos a distinguir dos modalidades de distribución: la necesaria y la voluntaria. Así, se ha señalado que la primera surge en los casos previstos en el artículo 119 de la LH, es decir, cuando en el negocio jurídico constitutivo de la hipoteca se sujetan al gravamen hipotecario una pluralidad de fincas. En estos casos, al igual que ocurre con la determinación de la responsabilidad hipotecaria en los casos en los que se hipoteca una sola finca, la distribución de la responsabilidad hipotecaria constituye un elemento, circunstancia o mención que debe recoger el negocio jurídico constitutivo de la hipoteca, cuya omisión impide su inscripción registral, y obliga a subsanar el defecto por los medios de subsanación indicados anteriormente. En definitiva, es pacífico que la distribución de la responsabilidad hipotecaria no se erige en negocio jurídico autónomo o independiente de la propia hipoteca, razonamiento que trasladaremos, a efectos fiscales, a otros supuestos como, por ejemplo, el relativo a la ampliación del préstamo hipotecario. Con arreglo a la terminología utilizada en el TRLITPAJD, diríamos que no hay dos convenciones distintas –constitución de la hipoteca y distribución de la responsabilidad hipotecaria– sino que existe un solo negocio. Fiscalmente, la cuestión no plantea problemas; aunque en la escritura de constitución de la hipoteca se distribuye la responsabilidad hipotecaria entre las fincas hipotecadas, no se exige que se liquide el IAJD por la constitución de la hipoteca, de una parte, y por la distribución, de otra. En definitiva, se ve claramente que hay un solo negocio jurídico.

Supuesto distinto es el de distribución voluntaria de la responsabilidad hipotecaria que surge en los casos previstos en el artículo 123 de la LH. En este caso, como consecuencia de las modificaciones operadas en la finca gravada, ya sea la división de la misma, la sujeción del edificio al régimen de la propiedad horizontal ⁴⁰, o bien su segregación ⁴¹, la finca inicialmente hipotecada ha

³⁸ El supuesto normal es que como consecuencia de la ampliación del crédito garantizado se amplíe la responsabilidad hipotecaria a la que quedó sujeta la finca gravada. Sin embargo, sería admisible, aunque sea infrecuente, ampliar la obligación sin aumentar la cobertura hipotecaria.

³⁹ Como veremos más adelante, el supuesto de ampliación de hipoteca mediante la extensión de la garantía a bienes no inicialmente hipotecados ha sido contemplado en algunas Resoluciones de la DGT como un supuesto de cancelación de la hipoteca inicial y constitución de una nueva hipoteca. No compartimos esta interpretación. Es cierto que la DGRN ha señalado que no es posible la novación de la hipoteca por sustitución de la finca inicialmente hipotecada; pero también es cierto que esta posibilidad con carácter meramente modificativo y no extintivo de la relación jurídica hipotecaria inicial se prevé en el artículo 115 de la LH. Más dudas puede plantear el alcance modificativo o extintivo que tiene la división del préstamo hipotecario.

⁴⁰ Tratándose de división horizontal de un edificio por el promotor destinándose los pisos o locales a la venta al público, será necesario tener en cuenta la posible incidencia de la legislación de protección de los consumidores y usuarios con relación al régimen de solidaridad impuesto por el artículo 123 de la LH.

⁴¹ El término división empleado por el artículo 123 de la LH debe ser interpretado en sentido amplio, comprensivo de todos los supuestos en los que se produce un hecho parcelatorio, ya sea total o parcial. *Vid.* ROCA SASTRE, R.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario (Tomo VIII)*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1998, págs. 246 y ss.

pasado a formar, desde el punto de vista registral, varias fincas distintas. Es importante destacar que, tanto la división como la segregación constituyen operaciones formales de origen negocial por las que se modifica la configuración registral de la finca, pero que, realizándose sobre bienes hipotecados, no requieren el concurso del acreedor hipotecario⁴² ni provocan una modificación de la relación jurídica hipotecaria. Todo lo contrario, la hipoteca, a pesar de la operación de división, queda inalterada, dado que la legislación hipotecaria establece expresamente que las operaciones formales de agrupación, agregación, segregación y división no afectan a los gravámenes existentes sobre las fincas afectadas, que persisten como cargas por razón de procedencia⁴³. En este caso, el legislador no impone la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las nuevas fincas resultantes. Por lo tanto, en principio, como consecuencia de la división surgirá, *ex lege*, una hipoteca solidaria⁴⁴.

No obstante, si las partes así lo acuerdan, pueden evitar la hipoteca solidaria sobrevenida mediante la distribución⁴⁵. Este acuerdo o convenio de distribución podrá realizarse en el momento de dividir la finca o posteriormente, si bien en este último caso se requerirá, además, el consentimiento de los titulares de derechos posteriores sobre la finca hipotecada, dado que el negocio jurídico puede afectar a sus derechos sobre la misma. Por esta razón, el acuerdo de distribución de la responsabilidad hipotecaria en este caso sí que se erige en negocio jurídico autónomo frente al acto o negocio en cuya virtud se divide la finca inicialmente hipotecada, y también frente al negocio jurídico constitutivo de la hipoteca. Esta autonomía del negocio de distribución se desprende claramente de su carácter voluntario o meramente potestativo, en el sentido de que en ningún caso será consecuencia necesaria de la división⁴⁶. Esto se aprecia igualmente en el hecho de que sus requisitos, tanto personales como reales, son distintos de los del negocio jurídico de división⁴⁷.

⁴² En la hipoteca, a diferencia de lo que ocurre en los censos, no se requiere el consentimiento del acreedor hipotecario para la realización de las denominadas modificaciones formales de la finca registral. La división es un negocio jurídico unilateral, y la hipoteca no limita las facultades del hipotecante para su realización.

⁴³ Artículos 46 a 50 del RH.

⁴⁴ La solidaridad es establecida en este caso por la ley en interés del acreedor hipotecario, que no debe ver modificada su situación jurídica en virtud de actos a los que no presta su consentimiento.

⁴⁵ Dado que la solidaridad se impone en beneficio del acreedor, no hay ningún obstáculo para que éste, con renuncia de los beneficios derivados de la indivisibilidad, consienta en la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas resultantes de la división.

⁴⁶ ROCA SASTRE considera admisible el pacto de distribución, en cuya virtud, al constituirse la hipoteca se pacta que en el caso de posterior división de la finca hipotecada, deberá procederse a la distribución del gravamen hipotecario. Se trata de un pacto frecuente en Alemania en los casos de hipotecas en garantía de precio aplazado de compra de solares para urbanizar. Es evidente que como consecuencia de este pacto, la distribución de la responsabilidad devendría necesaria *ex contractu*, pero, por esta misma razón, ello no incidiría en el carácter voluntario y autónomo de la distribución frente a la división de la finca hipotecada, puesto que la obligación no nace de la división, que sólo actúa como condición suspensiva o presupuesto de hecho de la misma. Sobre este tema *vid.* ROCA SASTRE, R.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario (Tomo VIII)*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1998, pag. 250, nota 45.

⁴⁷ Así, en el supuesto de división de finca hipotecada inscrita en el Registro con carácter presuntivamente ganancial, el artículo 97 del RH señala que para el otorgamiento de la escritura de división basta el consentimiento del titular registral; sin embargo, si se acuerda la distribución de la responsabilidad hipotecaria, en el otorgamiento del documento de formalización deberá prestar su consentimiento el cónyuge del titular registral, dado que el derecho real de hipoteca no puede ser ni constituido ni modificado sin su consentimiento.

Y es que, en este supuesto, el convenio de distribución de la responsabilidad hipotecaria es, en sí mismo, el título modificativo de la relación jurídica hipotecaria. A través de este acuerdo de distribución, la hipoteca, configurada *ex lege* como solidaria ⁴⁸, pasa a ser una hipoteca distribuida, cuyo régimen jurídico vendrá determinado por los artículos 120, 121 y 124 de la LH, que no serían de aplicación si ésta se mantuviera como hipoteca solidaria. Por lo tanto, en el caso que estamos examinando, la división de la finca hipotecada y la distribución voluntaria de la responsabilidad hipotecaria constituyen convenciones distintas, que, como hemos señalado, podrán formalizarse simultánea –en el mismo documento o en documentos separados– o sucesivamente.

Pasamos a analizar los supuestos de redistribución de la responsabilidad hipotecaria derivados de ampliación de préstamo hipotecario, ampliación de hipoteca y liberación de responsabilidad hipotecaria. En el supuesto de ampliación de préstamo hipotecario ⁴⁹ nos encontramos ante una novación modificativa de la obligación garantizada, en cuya virtud se incrementa su importe, y para dar cobertura hipotecaria a dicho incremento, se amplía la responsabilidad hipotecaria a la que están sujetas la finca o fincas gravadas. Si la hipoteca que es objeto de ampliación grava sólo una finca, evidentemente no se produce ningún problema en relación con la distribución de la responsabilidad hipotecaria. Sin embargo, si la hipoteca inicialmente recaía sobre varias fincas, al aumentar la responsabilidad hipotecaria total, necesariamente debe procederse a su redistribución entre las fincas gravadas, puesto que el principio de determinación del artículo 119 de la LH impide que pueda existir una parte de la responsabilidad hipotecaria distribuida y otra que afecte solidariamente a todas las fincas.

Partiendo de esta base, la cuestión que se plantea es la siguiente: ¿estamos ante dos negocios jurídicos distintos, uno por el que se amplía la hipoteca aumentando la responsabilidad hipotecaria y otro por el que se redistribuye la nueva responsabilidad total; o por el contrario, la redistribución de la responsabilidad hipotecaria es un elemento más del negocio jurídico de ampliación de la hipoteca? Entendemos que la solución que debe adoptarse es la segunda. La ampliación de la hipoteca, como negocio en cuya virtud se modifica un derecho existente, debe comprender todos los elementos y circunstancias necesarios para la producción de los efectos jurídicos que le son propios. Si en virtud de la escritura de ampliación de hipoteca se aumenta la responsabilidad hipotecaria, y simultáneamente no se procede a su redistribución entre las diversas fincas hipotecadas, el título adolecería de un defecto subsanable por infracción del principio de distribución, lo que impediría su inscripción mientras no fuera efectivamente subsanado. En consecuencia, ampliación de hipoteca y redistribución no constituyen negocios distintos, del mismo modo que cuando inicialmente se hipotecan varios bienes, la constitución de la hipoteca y la distribución de la responsabilidad hipotecaria no constituyen contratos distintos ⁵⁰.

⁴⁸ Por aplicación del artículo 123 de la LH había quedado constituida con este carácter para impedir que la división provocara una modificación en la configuración inicial de la hipoteca.

⁴⁹ Frente a las dudas que en determinados momentos planteó la admisibilidad de la ampliación de hipoteca, la DGRN la admite, manteniendo, respecto de terceros, la diferencia de rango hipotecario entre la hipoteca inicial y la hipoteca ampliada. En este sentido véase RDGRN de 17 de enero y 8 de junio de 2002.

⁵⁰ A idénticas conclusiones debemos llegar en los supuestos de ampliación de la hipoteca por sujeción al gravamen hipotecario de bienes no inicialmente hipotecados. Al modificarse la hipoteca como consecuencia de la ampliación de su objeto, el derecho real de hipoteca ha pasado a gravar varias fincas, y en consecuencia, se impone, como requisito imprescindible, la distribución de la responsabilidad hipotecaria, que en definitiva es un elemento más que debe establecerse

Paradójicamente, el tratamiento fiscal de ambos supuestos es totalmente diferente. En el préstamo hipotecario con distribución de responsabilidad hipotecaria se aprecia una única convención; sin embargo, en la ampliación de hipoteca con redistribución de la responsabilidad hipotecaria se aprecian dos convenciones y se giran dos liquidaciones, una por la ampliación y otra por la redistribución. Insistimos en este tratamiento diferenciado porque se hace difícil entender por qué, en un caso, la nueva distribución constituye un hecho imponible diferenciado, y en el otro no. No hay argumento para tratar de forma diferente dos supuestos en los que existe identidad de razón; la unidad negocial existente entre la constitución de la hipoteca y la distribución de la responsabilidad hipotecaria no se rompe en el supuesto de modificación de la hipoteca mediante ampliación de la responsabilidad hipotecaria y redistribución de dicha responsabilidad.

Finalmente, debemos señalar que la ampliación de hipoteca derivada de ampliación de préstamo hipotecario puede dar lugar a dos supuestos distintos, según opere sobre una hipoteca ya distribuida o sobre una hipoteca solidaria. En el primer caso, si la relación jurídica hipotecaria se ha configurado de tal forma que hay que entender que la distribución ha producido como efecto la división de la hipoteca, entonces, el problema de la redistribución no se plantea, porque en realidad, y al margen de que se unifiquen condiciones financieras, hay tantas ampliaciones como créditos e hipotecas existían ya anteriormente. Sin embargo, como vimos, ese efecto divisorio de la hipoteca no se produce *ex lege* mientras no intervengan terceros. En cuanto al segundo supuesto, la formalización jurídica de la ampliación de préstamo hipotecario garantizado con hipoteca solidaria puede desarrollarse de dos formas distintas, cuyas consecuencias fiscales serán también distintas. Podría distribuirse la hipoteca inicial y después procederse a otorgar la ampliación del préstamo o podría, inversamente, ampliarse el préstamo y distribuirse la responsabilidad hipotecaria total resultante de la ampliación.

Por último, en cuanto al supuesto de liberación de la responsabilidad hipotecaria de una finca, es necesario *prima facie* delimitar el supuesto frente a la cancelación parcial de hipoteca. En la cancelación parcial de hipoteca, estamos ante una extinción parcial del derecho de hipoteca que trae su causa en una extinción parcial de la obligación garantizada. En principio, dado el principio de indivisibilidad de la hipoteca, la cancelación parcial no es posible, salvo que sea voluntariamente consentida por el acreedor hipotecario. Así lo establecen tanto el artículo 1.860 del CC como el artículo 122 de la LH, y por esta razón, mientras no esté completamente satisfecha la obligación garantizada, no se puede exigir su cancelación registral; y mientras no sea cancelada, subsiste íntegra sobre el bien o bienes hipotecados. No obstante, en el supuesto de que la hipoteca recaiga sobre varias fincas distribuyéndose entre ellas la responsabilidad hipotecaria, los artículos 124 de la LH y 221 del RH admiten la cancelación parcial en los términos que vimos anteriormente. En estos casos, hay una reducción parcial de la total responsabilidad hipotecaria, pero sin que la responsabilidad hipotecaria que afecta a las fincas respecto de las que subsiste la hipoteca se vea modificada.

en la escritura de ampliación; en caso contrario, nos encontraríamos ante un defecto que impediría el acceso del título al Registro. Así lo confirma la RDGRN de 3 de mayo de 2000, al señalar que el artículo 119 de la LH no ha de ser interpretado en el sentido de excluir la solidaridad hipotecaria sólo cuando en un mismo acto se hipotequen varias fincas, sino también en todos aquellos casos en que se produzca como resultado una garantía hipotecaria a la vez recayente sobre varias fincas y en garantía de un mismo crédito, de modo que cada una de ellas responda del total de la deuda. De lo contrario, bastaría con espaciar temporalmente el negocio constitutivo de la hipoteca para hacer del artículo 119 un precepto inútil.

Por el contrario, en el caso de liberación de responsabilidad hipotecaria de una finca, estamos ante un supuesto en el que no se extingue parcialmente la obligación garantizada; el consentimiento del acreedor hipotecario se dirige exclusivamente a liberar del gravamen hipotecario a una de las fincas hipotecadas, pero sin extinguir parcialmente la obligación garantizada y sin reducir la responsabilidad hipotecaria total de la que responden los bienes hipotecados. Dado que el número de fincas hipotecadas disminuye, como consecuencia de la liberación, pero la responsabilidad hipotecaria total se mantiene, será necesario redistribuir dicha responsabilidad entre las fincas que continúan afectas al gravamen hipotecario. Al igual que en los casos de ampliación de préstamo hipotecario y de ampliación de hipoteca, la redistribución de la responsabilidad hipotecaria no constituye un negocio jurídico distinto de la liberación de responsabilidad hipotecaria, sino que constituye un requisito de la misma, sin el cual este negocio jurídico no podrá acceder al Registro de la Propiedad.

Una vez analizada la naturaleza jurídica de la distribución o redistribución de la responsabilidad hipotecaria, vamos a estudiar sus requisitos formales. Se trata de una cuestión que, en relación con la admisibilidad del documento privado, ha suscitado polémica en la doctrina y en la práctica notarial y registral a raíz de la famosa RDGRN de 17 de enero de 2004. Como es sabido, ésta admite que tanto la distribución como la redistribución de la responsabilidad hipotecaria se formalicen en documento privado con firmas legitimadas notarialmente o ratificadas ante el Registrador. Igualmente, la Resolución ha provocado importantes repercusiones fiscales, al introducir un supuesto de economía de opción en el gravamen de AJD, que, como veremos, no se aplica a los documentos privados, aunque éstos tengan acceso al Registro de la Propiedad.

La cuestión trae causa en el artículo 216 del RH cuando señala que «no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder. Los interesados podrán acordar la distribución en el mismo título inscribible o en otro documento público, o en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas [...]». Las interpretaciones de este precepto pueden agruparse en dos posiciones. Para algunos autores, el artículo 216 del RH constituye una aplicación específica del artículo 110 del RH a los supuestos de distribución de la responsabilidad hipotecaria. En consecuencia, sólo es de aplicación a los supuestos de distribución necesaria inicial que contempla el artículo 119 de la LH, para subsanar la omisión o reseña incorrecta de la distribución de la responsabilidad hipotecaria. En este caso, el título constitutivo de la hipoteca adolecería de un defecto que puede ser subsanado por los cauces formales que establece el artículo 216 del RH: documento público o documento privado con firmas legitimadas notarialmente o ratificado ante el Registrador.

Sin embargo, para estos autores, en los casos de distribución voluntaria *a posteriori* del artículo 123 de la LH, no es de aplicación el artículo 216 del RH, pues afirman que éste debe ser objeto de interpretación restrictiva puesto que constituye una excepción al principio de titulación pública, el cual se erige en la regla general. Igualmente, se señala, por esta parte de la doctrina, que el precepto en cuestión no es aplicable en los supuestos de distribución necesaria derivados de la ampliación de la hipoteca o de la liberación de la responsabilidad hipotecaria de alguna de las fincas. En estos casos, la distribución de la responsabilidad hipotecaria actúa sobre una hipoteca ya inscrita y,

por lo tanto, sobre un asiento registral ya practicado, lo que conduce necesariamente a la exigencia de título público. Otros autores, entre los que cabe citar a GARCÍA GARCÍA, no ven ningún obstáculo en aplicar el artículo 216 del RH tanto a los supuestos de distribución necesaria *ab initio* como a los supuestos de distribución voluntaria *a posteriori*, por entender que ni la literalidad del precepto, ni su ubicación sistemática, permiten establecer que el artículo 216 del RH sea una aplicación concreta del artículo 110 del RH y, por lo tanto, no cabe limitar sus efectos a los meramente subsanatorios ⁵¹.

La cuestión ha sido resuelta por la RDGRN de 17 de febrero de 2004, que de forma extremadamente escueta resuelve que «se debate en el presente recurso sobre si la distribución de la responsabilidad hipotecaria que recaía sobre la finca matriz entre las varias resultantes de su división, puede inscribirse en virtud de documento privado ratificado ante el Registrador; y al respecto ha de señalarse que dicha cuestión viene resuelta en sentido afirmativo en el RH en su artículo 216, y a tal pronunciamiento ha de estarse ahora, sin que a tal conclusión pueda objetarse el que algunas de las fincas resultantes queden libres de toda responsabilidad, pues no se ve por qué ha de ser distinto el tratamiento en las hipótesis de reducción parcial y en las de reducción total cuando, en definitiva, lo relevante es que la suma de responsabilidades a que quedan afectas las distintas fincas resultantes sea igual a la de la originaria finca matriz».

La Resolución abre el camino definitivamente a la distribución o redistribución de la responsabilidad hipotecaria mediante documento privado, habida cuenta de que el artículo 327 de la LH señala que «[...] publicada en el Boletín Oficial del Estado la resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá carácter vinculante para todos los Registros mientras no se anule por los Tribunales [...]». En consecuencia, ningún Registrador podrá denegar la inscripción del documento privado en cuya virtud se distribuya o redistribuya la responsabilidad hipotecaria, sea esta necesaria *ab initio* o voluntaria y posterior a la constitución de la hipoteca.

No obstante, creemos necesario efectuar algunos comentarios en relación con esta Resolución. En el supuesto planteado ante el Centro Directivo, se presenta en el Registro de la Propiedad un documento privado en el que, después de constituir hipoteca en garantía de un préstamo sobre una determinada finca registral, se otorga escritura de declaración de obra nueva mediante rehabilitación en construcción y división horizontal, se distribuye la responsabilidad hipotecaria entre algunos de los componentes resultantes de la división horizontal y, en consecuencia, se liberan otros. Presentado el documento privado, el Registrador deniega la inscripción por varios motivos, entre los que debemos destacar el primero de los defectos apreciados por el Registrador al que califica como defecto insubsanable por «no ser documento formal idóneo el documento privado presentado para abordar la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos departamentos en que ha sido dividida horizontalmente la finca primitivamente hipotecada y menos para liberar algunos de dichos componentes de gravamen hipotecario que, por su origen, les afecta, siendo preciso el otorgamiento de la correspondiente escritura pública (arts. 1.880 del CC; 3, 82, 122, 144 y 145 de la LH y 33, 34, 179 y 216 del RH)».

⁵¹ GARCÍA GARCÍA, J.M.: *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria, y del Registro Mercantil*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 442 y ss.

De los defectos esgrimidos por el Registrador, no compartimos el primero, en el sentido de que entendemos que el artículo 216 del RH permite acudir al documento privado en cualquier caso, y no sólo con la finalidad subsanatoria de un documento público anterior. Sin embargo, coincidimos con la apreciación de que el documento privado no constituye documento idóneo para liberar de responsabilidad hipotecaria las fincas. Lo único que permite el 216 del RH es que la distribución de la responsabilidad se haga en documento privado; ante una relación jurídico-registral no determinada plenamente en uno de sus aspectos (la concreta responsabilidad de las diversas fincas hipotecadas), el precepto permite que la determinación de este elemento se realice sin tener que acudir necesariamente al instrumento público. Sin embargo, la modificación del objeto de la relación jurídica hipotecaria, y la liberación de responsabilidad hipotecaria de alguna de las fincas hipotecadas constituye, no un acto de determinación de la responsabilidad hipotecaria, sino una modificación del objeto del derecho, y, por lo tanto, requiere de forma ineludible el documento público conforme a las exigencias derivadas del principio de titulación pública. En definitiva, juzgamos que el ámbito de aplicación del artículo 216 del RH no puede exorbitarse, permitiendo que en documento privado se proceda a la cancelación de una hipoteca constituida por razón de procedencia.

3. CRITERIOS ADMINISTRATIVOS Y JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA

Desde un punto de vista sistemático, vamos a abordar los criterios administrativos y jurisprudenciales distinguiendo, de acuerdo con la clasificación operada anteriormente, entre distribución voluntaria de la responsabilidad hipotecaria (supuesto del art. 123 LH) y redistribución necesaria de la responsabilidad hipotecaria. En cuanto al primer supuesto, la DGT mantiene una doctrina constante en cuya virtud en los casos en los que la finca inicialmente hipotecada es objeto de división y se procede a distribuir la responsabilidad entre las fincas resultantes, la distribución constituye un supuesto de sujeción cuya base imponible viene determinada por el importe de la total responsabilidad hipotecaria redistribuida. Así, en la Resolución de la DGT de 8 de abril de 2003 (ref. Aranzadi JUR 2003/11889) se señala que:

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 las mismas. 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 por la cuota variable del documento notarial la existencia de un acto jurídico independiente. Así, el que la hipoteca haya tributado en su constitución no es obstáculo para que tribute la cancelación de la misma. 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 imponible independientes por la modalidad AJD. Por último, y en cuanto al contenido económico de la referida escritura de distribución de la responsabilidad hipotecaria, debe tenerse en cuenta que la valoración de una hipoteca, ya sea en el momento de la constitución o en de la cancelación, no se determina en función de la obligación principal que garantiza, 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 la misma, estableciendo al respecto el artículo 10.2 c) del Texto Refundido que «las hipotecas, prendas y anticresis se valorarán en el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que aseguren por interés, 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». Sobre la contestación anterior, cabe matizar que la base imponible de la hipoteca a efectos de tributación por el concepto de AJD está regulado anteriormente en el artículo 30.1 del Texto Refundido, con la misma redacción que la del artículo 10.2 c) transcrito en el párrafo precedente.

La doctrina que dimana de la Resolución examinada se recoge también en las Resoluciones de la DGT de 14 de enero de 2003 ⁵² y de 4 de noviembre de 1999 ⁵³. Resaltamos, sin perjuicio del análisis que desarrollaremos más adelante, que la tributación autónoma de la responsabilidad hipotecaria se asienta fundamentalmente en el hecho de que constituye un negocio jurídico independiente de la hipoteca por el que se modifica la configuración de la responsabilidad hipotecaria sobre las fincas resultantes de la división, que pasa de ser solidaria a distribuida. Late en los argumentos desarrollados por la sentencia la idea de que como consecuencia de la distribución de la responsabilidad hipotecaria se produce una división de la hipoteca. No obstante, tal y como hemos señalado en el epígrafe anterior, esta idea debe ser matizada por cuanto en realidad esta división de la hipoteca sólo opera frente a terceros, pero no *inter partes*, sin perjuicio de que convencionalmente se pueda establecer la división, incluso en este último supuesto.

El Tribunal Económico-Administrativo Foral de Vizcaya, en resolución de 11 de junio de 2002 (ref. Aranzadi JUR 2005/49728), al tratar el problema de la determinación de la base imponible en la distribución de la responsabilidad hipotecaria posterior a un acto de división de la finca inicialmente hipotecada, considera que la escritura de distribución constituye un acto sujeto al impuesto, entendiendo que la base imponible se determina por la total responsabilidad hipotecaria distribuida. El TEAC sostiene igualmente la sujeción al IAJD de la distribución de responsabilidad hipotecaria derivada de la división de la finca inicialmente hipotecada. En Resolución de 25 de febrero de 1993 (ref. Aranzadi JT 1993\440) señala que:

⁵² Ref. Aranzadi JUR 2003/58996.

⁵³ Ref. Aranzadi JUR 1999/12946.

Que para la resolución de la presente reclamación ha de partirse de que la escritura presentada versa sobre la distribución de una responsabilidad hipotecaria anteriormente constituida y que, por tanto, no puede vincularse, desde un punto de vista fiscal, con un préstamo, porque la accesoriedad de la hipoteca respecto del préstamo está limitada a su constitución, tal como se expone con toda claridad en el artículo 15.1 del Texto Refundido de 30 de diciembre de 1980: «La constitución de [...] los derechos de hipoteca [...] en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo [...]».

CONSIDERANDO 3.º Que a lo que acaba de exponerse ha de añadirse que, a tenor del artículo 7.1 b) del Texto Refundido, sólo la constitución de la hipoteca y la ampliación posterior de su contenido son hechos impositivos de la modalidad de TPO del ITP, ya que, según el mencionado precepto, son transmisiones patrimoniales, sujetas a «... la constitución de derechos reales [...] Se liquidará como constitución de derechos la ampliación posterior de su contenido [...]». Y que quedan fuera del ámbito de esa modalidad impositiva todas las demás vicisitudes que puedan afectar al derecho real de hipoteca.

CONSIDERANDO 4.º Que en base a lo expuesto, ha de llegarse a la conclusión de que la escritura de distribución de responsabilidad hipotecaria aquí estudiada cumple la totalidad de los requisitos que el artículo 31.2 del Texto Refundido de 30 de diciembre de 1980 establece para la sujeción a la modalidad de AJD, concepto documentos notariales, del ITP, es decir, tener por objeto cantidad o cosa valuable, es inscribible en los correspondientes Registros y, finalmente, el acto en ella reflejado, de acuerdo con el artículo 7.1 b) del Texto Refundido, no está sujeto al ITP por el concepto comprendido en el número 1 del artículo 1 de la Ley de TPO.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial emanada de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), si bien inicialmente algunos Tribunales como los TSJ de Extremadura y de Castilla-La Mancha ⁵⁴ sostuvieron la no sujeción a AJD de la distribución de la responsabilidad hipotecaria, en la actualidad estos órganos jurisdiccionales han acogido el criterio establecido por el TS sobre la materia que considera la distribución de la responsabilidad hipotecaria como un acto sujeto al gravamen. Pese al cambio de criterio, creemos conveniente hacer referencia a las consideraciones que en su día llevaron a estos Tribunales a sostener la no sujeción al IAJD de la distribución de la responsabilidad hipotecaria. El argumento esencialmente esgrimido es que la distribución no constituye un acto o negocio jurídico que ponga de manifiesto una capacidad económica, o por lo menos, una capacidad económica que no haya sido anteriormente objeto de tributación en el momento de constitución de

⁵⁴ En un primer momento el TSJ de Castilla-La Mancha consideró que la distribución de la responsabilidad hipotecaria en los supuestos del artículo 123 de la LH realiza el hecho imponible del IAJD. En este sentido la Sentencia de 13 de noviembre de 1997 (ref. Aranzadi JT 1997/1488). No obstante, posteriormente cambio de criterio, aunque finalmente sigue la doctrina legal establecida por el TS en la materia.

la hipoteca. A este fundamento se une la crítica a las posiciones que configuran el IAJD como un gravamen meramente formal cuyo hecho imponible viene determinado por la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa a determinadas formas jurídicas. Así, el TSJ de Castilla-La Mancha señala en Sentencia de 22 de enero de 2002 (ref. Aranzadi JT 2002/460) que:

La Administración pretende la sujeción del acto al impuesto con base en el siguiente argumento lógico: se otorga una escritura notarial [art. 27.1 a) de la Ley del impuesto], la cual contiene una operación que recae sobre un objeto susceptible de valoración (arts. 29.3 y 31.2), luego la operación está sujeta y la base imponible es el valor de dicho objeto. Ahora bien, esta concepción adolece de un carácter excesivamente formalista, que en realidad niega que el impuesto venga a gravar una manifestación de riqueza y se centra en considerarlo de una forma que más se aproxima a lo que sería una tasa por prestación de un servicio [art. 26.1 a) de la Ley General Tributaria]; así, el señor Abogado del Estado señala que el IAJD es un tributo de naturaleza formal, cuyo objeto imponible es la especial protección que el Ordenamiento Jurídico otorga a determinadas formas jurídicas. Pero si el IAJD es un impuesto, como lo es, su hecho imponible habrá de responder a la concepción del mismo que luce en el punto c) del párrafo 1 del citado artículo 26, es decir, negocios, actos o hechos de naturaleza jurídica o económica que ponen de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo. La capacidad contributiva que se pone de manifiesto en relación con una obra nueva y su división horizontal, con asunción y distribución de una determinada responsabilidad hipotecaria, se manifiesta de una vez, y una sola vez, en la valoración del inmueble que se construye o que se va a construir, siempre que la misma no se altere posteriormente. Ciertamente, el hecho imponible no es la construcción del inmueble, sino el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, pero desde el momento en que la base imponible es el valor del acto contenido en la escritura gravada, la reflexión anterior resulta del todo aplicable al caso. Si la distribución superficial puramente interna del inmueble (y la proporcional de la responsabilidad hipotecaria) se reorganiza, no puede decirse que el acto por el que se hace sea valorable, sin perjuicio de que recaiga sobre un objeto que lo es (el inmueble), pero que ya ha sido valorado antes y ya ha dado lugar a una liquidación tributaria que gravó la capacidad contributiva puesta de manifiesto al respecto. Una concepción estrictamente formal del impuesto llevaría al gravamen repetido de una misma riqueza y una misma capacidad contributiva sobre la mera idea de que el hecho imponible es el otorgamiento de una escritura que haga alusión a un objeto valorable, aunque no añada ningún valor al mismo y aunque aquel valor ya haya sido tomado como base de cálculo de una liquidación anterior. La STS que con acierto cita el recurrente se orienta, aunque en un supuesto distinto, en una línea similar, al exigir que para que el objeto de la escritura sea valorable a efectos del impuesto no basta con que el acto haga alusión o se refiera a un objeto valorable, sino que el acto en sí lo sea (en el supuesto citado se trataba de la alteración del carácter al portador de unas acciones, haciéndolas nominativas). Siendo así las cosas, no puede sino afirmarse, con el actor, que la escritura de 7 de septiembre de 1993, que dio origen a la liquidación combatida, no estaba sujeta al IAJD».

Dicha doctrina resulta perfectamente aplicable al caso ya que la escritura se limita a redistribuir entre las distintas viviendas en que ha sido objeto de división horizontal el inmueble la responsabilidad hipotecaria global pero no existe un acto novedoso que recaiga sobre objeto evaluable pues el contenido económico de la operación fue apreciado y puesto de manifiesto con ocasión de la escritura de inicial constitución del préstamo que ahora se redistribuye sobre las partes en que se ha dividido el mismo inmueble. Por lo que ha de considerarse que el acto no queda sujeto a gravamen. De lo contrario tendríamos una doble imposición sobre un mismo contenido económicamente evaluable.

En el mismo sentido las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 28 de septiembre de 2001 (ref. Aranzadi JUR 2001/328284) y de 16 de febrero de 1998 (ref. Aranzadi JT 1998/382), si bien en este caso el supuesto contemplado es la redistribución de responsabilidad hipotecaria derivada de una modificación de la escritura de división horizontal de un edificio, en la que, al reorganizarse la propiedad horizontal, se redistribuye la responsabilidad hipotecaria inicialmente establecida. El TSJ de Extremadura sigue el mismo criterio en Sentencia de 24 de septiembre de 2002 (ref. Aranzadi JT 2003/73)⁵⁵, cuando señala en los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero que:

SEGUNDO. Los días 29 de junio de 1992 y 7 de febrero de 1994 se concedieron sendos préstamos a la actora, constituyéndose a favor de dicho Banco hipoteca sobre la finca matriz aludida. El 5 de julio de 1995 se otorgó escritura pública mediante la que se dividió la finca matriz en las tres nuevas fincas registrales referidas. Con ocasión de dichas operaciones se presentaron las correspondientes declaraciones-liquidaciones. Por fin, el 16 de marzo de 1998 se otorgó escritura pública mediante la que el citado Banco y la hoy actora distribuyen la responsabilidad hipotecaria de la finca matriz como consecuencia de las hipotecas reseñadas entre las tres nuevas fincas formadas por división de la misma. La hoy actora presentó la correspondiente declaración-liquidación, pero no ingresó cantidad alguna en esta última ocasión.

TERCERO. Desde el punto de vista normativo, resulta de los artículos 30 y 31 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el TRLITPAJD, que para tributar por la cuota variable de dicho impuesto y en relación con los documentos notariales, es necesario que concurren los siguientes requisitos: que se trate de primeras copias de escrituras y actas notariales que contengan actos o contratos que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable, y que tales actos o contratos no estén sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), al Impuesto sobre TPO, ni al que grava las Operaciones Societarias (OS) y, por último, que sean inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil o de la Propiedad Industrial. A este respecto debe tenerse en cuenta que el hecho imponible de este impuesto, según tiene declarado la STS de 3 de noviembre de 1997 no es el instrumento en sí, sino una entidad compleja constituida, entre otros elementos, por la realización de ciertos actos o contratos con eficacia jurídica que sean inscribibles en cualquiera de los Registros expresados,

⁵⁵ En el mismo sentido se expresa el citado TSJ en Sentencia de 26 de septiembre de 2002 (ref. Aranzadi JUR 2002/265120).

de tal manera que sin un acto humano productor de efectos jurídicos, que sea inscribible, no puede materializarse dicho gravamen tributario; por ello, la no producción directa de efectos jurídicos de ciertos actos que constituyen una simple ejecución de otros actos previos que ya desplegaron anteriormente su eficacia provoca que aquéllos, a pesar de cumplir los demás requisitos del presupuesto de hecho del impuesto, queden fuera de su ámbito objetivo. En el caso presente, la mera distribución de la responsabilidad hipotecaria no constituye por sí misma un acto sujeto al impuesto, ya que los actos jurídicos que produjeron efectos jurídicos propios fueron la concertación de los préstamos y la segregación de las fincas, que previamente ya han sido liquidados. La hipótesis que nos ocupa es bastante similar a la transformación de acciones al portador en acciones nominativas, hipótesis sobre la cual ha declarado la STS de 20 de julio de 2001 lo siguiente: «En una operación en que el capital social no experimenta ninguna variación y en que meramente se produce un cambio en la condición de las acciones (su transformación de nominativas en al portador) y en que no varía el valor de su conjunto, es imposible advertir la existencia de "cantidad o cosa valuable", como exige, para sujetar la operación al IAJD, el artículo 31.2 del Texto Refundido aquí aplicable y el mismo precepto del vigente». En definitiva, nos hallamos ante un supuesto de no sujeción; así lo ha entendido ya la STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2002, en un caso en que la división del préstamo viene motivada por división horizontal de un inmueble, doctrina que hacemos nuestra, por ser perfectamente aplicable, pues «la escritura se limita a redistribuir entre las distintas viviendas (en nuestro caso, las tres nuevas fincas registrales) en que ha sido objeto de división horizontal el inmueble (en esta ocasión, segregación de la finca matriz) la responsabilidad hipotecaria global pero no existe un acto novedoso que recaiga sobre objeto evaluable pues el contenido económico de la operación fue apreciado y puesto de manifiesto con ocasión de la escritura inicial de constitución de préstamo que ahora se redistribuye sobre las partes en que se ha dividido el mismo inmueble».

Posteriormente, ambos Tribunales modifican su criterio acogiendo el establecido por el TS sobre esta materia. Así, el TSJ de Extremadura señala en Sentencia de 26 de noviembre de 2002 (ref. Aranzadi JT 2002/1798), en su fundamento cuarto que:

En cuanto a la cuestión de fondo, hemos de significar que este Tribunal ha venido considerando que la distribución de hipoteca es una operación no sujeta a la modalidad de AJD. No es ésa la tesis que sostiene la STS de 15 de junio de 2002, razón por la cual modificando nuestro criterio aplicamos el criterio del Alto Tribunal.

Igualmente el TSJ de Castilla-La Mancha en Sentencia de 3 de marzo de 2004 (ref. Aranzadi JT 2004/665)⁵⁶, después de resumir las argumentaciones que habían llevado a este Tribunal a considerar que la distribución de la responsabilidad hipotecaria no constituye acto sujeto al IAJD, termina señalando:

⁵⁶ En idéntico sentido, *vid.* la Sentencia del citado TSJ de 7 de abril de 2004 (ref. Aranzadi JT 2004/1021).

Pues bien, la doctrina contenida en las anteriores resoluciones ha sido expresamente enmendada por el TS, a instancia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, a través de una sentencia dictada en recurso de casación en interés de ley, sentencia que, por tanto, por su carácter tendente a la unificación de criterio y a sentar, por sí misma, doctrina legal, debemos seguir.

Por su parte, los TSJ de Madrid, Valencia, Aragón, La Rioja, Cataluña, Andalucía y Canarias sostienen la sujeción al impuesto de la distribución voluntaria de la responsabilidad hipotecaria (criterio ineludible tras la STS de 24 de octubre de 2003 ⁵⁷, que examinaremos más adelante, y que al resolver recurso de casación en interés de ley fija la doctrina legal en esta materia y que es obligatoria para todos los jueces y tribunales a tenor de lo dispuesto en el artículo 100.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) ⁵⁸.

Así, el TSJ de la Comunidad de Madrid se pronuncia sobre la materia en Sentencia de 19 de septiembre de 2001 (ref. Aranzadi JT 2002/1002) en un supuesto de escritura de división horizontal, división y distribución de préstamo hipotecario, señalando que:

Los hechos con relevancia tributaria a los que se contrae este recurso son los siguientes: el día 5 de abril de 1994, se otorgó escritura pública mediante la que «AGOPER, S.A.» procedió a dividir horizontalmente un inmueble y a dividir el préstamo hipotecario concedido sobre dicho inmueble por la «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Ávila», presentando autoliquidación por el concepto de AJD sobre una base imponible de 149.369.931 ptas. y una cuota a ingresar de 746.849; en lo que respecta a la división horizontal del inmueble el mismo día, 14 de abril de 1994, presentó la sociedad reclamante autoliquidación no sujeta por el concepto de AJD y sobre una base imponible de 396.000.000 de ptas. al entender que la división del préstamo hipotecario no debía tributar al haberlo hecho ya cuando se constituyó dicho préstamo.

La oficina liquidadora, entendiendo que la división del préstamo hipotecario era un acto sujeto al ITPAJD, giró a cargo de la reclamante la liquidación núm. 60004837, por el concepto de AJD, sobre una base de 396.000.000 de ptas. aplicando el tipo impositivo del 0,50.

Contra esa liquidación se formuló la reclamación económico-administrativa el día 15 de septiembre de 1994 que fue desestimada por acuerdo de fecha 9 de junio de 1998 que es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si la división y distribución del préstamo hipotecario no constituye hecho imponible al impuesto o si por el contrario debe tributar por AJD. El artículo 31.2 del TRLITPAJD (RCL 1981, 275, 651;

⁵⁷ Referencia Aranzadi (RJ 2003/7844).

⁵⁸ Tal y como recuerda la STSJ de Canarias de 24 de junio de 2004 (ref. Aranzadi JUR 2004/201848).

ApNDL 7268) establece que quedan sujetos al gravamen documental las primeras copias de escritura siempre que contengan actos, que sean inscribibles en el Registro de la Propiedad Mercantil o de la Propiedad Industrial que contengan contenido valorable y que no estén sujetos a los conceptos TPO, OS ni el ISD.

La Sala considera que en este caso concurren todos y cada uno de los supuestos establecidos en ese artículo de la Ley del Impuesto, y a que el acto de división y distribución del préstamo hipotecario supone necesariamente un negocio jurídico valorable económicamente al incorporar al nuevo préstamo hipotecario un nuevo y distinto valor económico como consecuencia de la nueva situación hipotecaria creada a raíz de la división. Téngase en cuenta que en esa escritura de división del préstamo hipotecario se están creando tantos derechos reales de garantía, independientes los unos de los otros, como inmuebles o pisos, surjan de esa escritura de división horizontal, pues cada uno de ellos responde del cumplimiento de la nueva obligación hipotecaria a que queda sujeto el piso, de manera independiente, por un capital e interés propio.

Incide el órgano jurisdiccional en el efecto novatorio sobre la hipoteca que produce la distribución del préstamo hipotecario al crearse «tantos derechos reales de garantía, independientes los unos de los otros, como inmuebles surjan de esta escritura de división horizontal». En el mismo sentido, el TSJ de la Comunidad Valenciana en Sentencia de 5 de diciembre de 2002 (ref. Aranzadi JT 2003/471) señala que:

En cuanto a la cuestión relativa a la conformidad o disconformidad a Derecho de la liquidación tributaria practicada en concepto de AJD, hay que decir que, frente a los argumentos esgrimidos en la demanda, el acto jurídico consistente en la división de la responsabilidad hipotecaria es efectivamente un acto de contenido económico, susceptible por lo tanto en lo previsto en el artículo 31.2 TRLITPAJD entonces vigente. En efecto, pensemos que la hipoteca es un derecho real; lo que significa que el mismo tiene como objeto, de forma directa e inmediata, una determinada cosa, un bien inmueble en el caso de la hipoteca inmobiliaria, conforme al artículo 104 de la LH. En el caso que nos ocupa, se ha producido pues, pese a lo que la parte actora afirma de contrario, una verdadera novación objetiva del negocio hipotecario, consistente en la alteración de su objeto. Dicha alteración ha consistido en sustituir una primitiva y única hipoteca, que recaía sobre un inmueble en construcción, en una pluralidad de nuevas hipotecas, cada una con un objeto diferente; y siendo ese distinto objeto, justamente, cada uno de los distintos pisos o locales en que se ha dividido el inmueble al sujetarse al régimen de propiedad horizontal. No estamos pues ante una simple concreción o especificación de la hipoteca primitiva, sino ante una auténtica sustitución de una única hipoteca, un único derecho real, por una pluralidad de hipotecas o derechos reales, independientes entre sí

por razón de su distinto objeto. Por lo demás, no otra cosa se desprende de los artículos 119 y siguientes de la LH. Su artículo 120, en concreto, dispone que la división de la responsabilidad hipotecaria entre distintos inmuebles comporta que cada uno de ellos responderá sólo por la parte del crédito a que esté concretamente afecto; y su artículo 123 permite que, cuando se produzca la división de una finca hipotecada, que el crédito hipotecario no se distribuya entre ellas; el crédito se distribuye sólo cuando exista acuerdo al respecto. Y la consecuencia es obvia: como señala el artículo 125, si el crédito no se ha distribuido entre las fincas resultantes, no se podrá pedir la liberación de ninguna de ellas hasta que el crédito haya sido totalmente satisfecho. No estamos pues ante una especificación, sino ante una novación objetiva de la hipoteca.

El TSJ de Aragón acoge el mismo criterio, en Sentencia de 20 de febrero de 2004 (ref. Aranzadi JT 2004/230622) y en Sentencia de 18 de junio de 2004 (ref. Aranzadi JT 2004/1353), entendiendo que la distribución de la responsabilidad hipotecaria, cualquiera que sea su causa, realiza el hecho imponible previsto en el artículo 31.2 del TRLITPAJD.

Por su parte, el TSJ de La Rioja, en Sentencia de 5 de julio de 2001 (ref. Aranzadi JT 2001/250710), considera que no se grava la capacidad contributiva sino tan sólo la existencia de un acto inscribible que tenga por objeto cantidad o cosa valuable al señalar que:

La cuestión controvertida en el presente procedimiento es determinar si las escrituras públicas de distribución de carga hipotecaria otorgadas por la demandante están sujetas al IAJD (tesis de la Administración) o no (tesis de la parte demandante).

La resolución del TEAR sostiene que están sujetas dichas escrituras públicas conforme al artículo 31.2 del TRLITPAJD las primeras copias de escrituras cuando éstas tengan por objeto cantidad o cosa valuable y no sujetos al ISD. La Sala comparte los criterios del TEAR porque se trata de una nueva escritura de modificación o redistribución hipotecaria, y contiene un acto inscribible en el registro (hipoteca constituida sobre pisos o locales de un edificio de propiedad horizontal). La parte demandante sostiene que el sujeto pasivo al proceder a la redistribución de la responsabilidad hipotecaria no efectúa ninguna nueva manifestación de capacidad contributiva, este argumento no puede prosperar porque no se grava la capacidad contributiva sino un nuevo acto inscribible y que tiene por objeto una cosa valuable, y que además tal y como argumenta el TEAR el objeto sobre el que recae la hipoteca ha cambiado (de parcela a pisos y locales en régimen de propiedad horizontal) y la cantidad de que responde cada uno de los referidos elementos que va a ser determinante en la posterior enajenación de los mismos que es el fin que persigue la parte demandante. Por todo lo anteriormente expuesto procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

En el mismo sentido, el TSJ de Cataluña, en Sentencia de 29 de septiembre de 2001 (ref. Aranzadi JUR 2002/13713) señala en un supuesto de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas derivadas de la construcción que:

Ha de partirse del hecho constatado de que la formalización de la segunda operación –la de redistribución de la finca en unidades registrales independientes que asumen su porción correspondiente de crédito y garantía cumple sin duda la finalidad a la que va dirigida su actividad –la de construcción de la finca–, que materializa tanto física como jurídicamente a cada finca resultante con entidad propia e independiente, permitiendo entre otros efectos que cada unidad asuma su parte correspondiente de la hipoteca que aún pese sobre la finca matriz efectuando para ello la correspondiente distribución y formalizando la atribuida a cada finca en escritura pública que de este modo le proporciona frente a terceros la fe pública que le caracteriza. El objeto es evidente que varía por concreción y la dación de seguridad pública frente a terceros que proporciona de modo independiente a cada unidad registral esta segunda escritura notarial es distinto de aquel que sirvió en la otorgada en primer lugar para garantizar el crédito concertado sobre la finca matriz. En este sentido ha de recordarse, como acertadamente pone de relieve el Abogado del Estado, que el presupuesto de hecho de este Impuesto no recae sobre la operación en sí misma –aunque sea ésta la que se documenta y coexista en parte de su regulación con el ITP–, ni tampoco puede hablarse de un presupuesto de hecho de contenido económico propio –aunque se exija que la operación o negocio sea cantidad o cosa valuable–, sino que es el acto de formalizarse con efectos públicos una operación valuable que tiene contenido propio e independiente, lo que es indudable que ocurre en el presente caso en la segunda formalización de las hipotecas correspondientes a cada finca construida, con su propia operatividad y eficacia perfectamente diferenciada de la que en su día proporcionó la primera escritura a la firme matriz.

En cuanto a la base imponible sobre la que se ha practicado la liquidación por la Administración, ha de entenderse asimismo correcta, ya que no se trata de liquidar el valor de la operación en sí para captar la capacidad contributiva que demuestra la realización de la operación, sino el parámetro que su valor representa para la tributación de su documentación en atención a la obtención de la fe pública que se extiende a toda la operación. Tal es el hecho imponible del IAJD, que se produjo en toda su extensión, tanto en la constitución de la primera hipoteca a su formalización, como en la posterior escritura notarial de 13 de julio de 1993 que ahora se sujeta a tributación también en toda su extensión, puesto que la fe pública que obtiene afecta a la totalidad del documento y a todo su contenido, lo que no implica que se produzca una doble imposición sobre la operación en sí, sino sobre su documentación –como ya se ha indicado–, pero en momentos distintos y respecto a documentos distintos e independientes plenamente eficaces, sobre los que se ha obtenido la fe pública registral en cada caso.

El TSJ de Andalucía afirma, en Sentencia de 28 de marzo de 2003 (ref. Aranzadi JT 2003/1380) que estamos ante un supuesto de acceso registral de documentos notariales que modifican una determinada situación jurídica.⁵⁹

Resta por analizar la doctrina jurisprudencial del TS en relación con el supuesto de distribución voluntaria de la responsabilidad hipotecaria que nos ocupa. Aunque el citado Tribunal se ha ocupado de este tema en diversas resoluciones, destaca por su trascendencia, al dictarse en resolución de un recurso de casación en interés de ley, la Sentencia de 24 de octubre de 2003⁶⁰. Se trata de un recurso interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la ya comentada Sentencia dictada en fecha 22 de enero de 2002 por la Sala de esta Jurisdicción del TSJ de dicha Comunidad Autónoma. En el recurso, la Administración recurrente solicita que se declare como doctrina legal que «la escritura de distribución de la carga hipotecaria constituye un acto inscribible que tiene por objeto una cosa valuable, y que por tanto está sujeto al ITPAJD, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 31.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el TRLITPAJD».

En su Fundamento de Derecho Tercero, señala el Supremo, recordando la doctrina establecida con ocasión de la resolución de otros recursos de casación, tanto en interés de ley como ordinarios, que:

TERCERO. La tesis de la sentencia recurrida –como ya se ha apuntado– descansa en la idea de que la interpretación realizada por el TEAR de Castilla-La Mancha era excesivamente formalista y por ello viene a sostener que la escritura de distribución de la hipoteca de un edificio entre los diferentes pisos y locales resultantes de su división horizontal, a pesar de reunir los requisitos para quedar sometida al IAJD, no está sujeta al no aflorar una nueva capacidad contributiva, pero este criterio interpretativo ignora el carácter formal del impuesto mismo.

En efecto, lo que se somete al gravamen, según el artículo 27 del Texto Refundido, son los documentos notariales, mercantiles y administrativos, y en el caso de los primeros lo único que exige el artículo 32.2 para las primeras copias de escrituras es que «tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial y no (estén) sujetos al ISD o a los conceptos comprendidos en los apartados 1 y 2 del artículo 1 de esta ley», esto es, a transmisiones patrimoniales y a operaciones societarias.

⁵⁹ Aunque no hace referencia directa a la distribución de la responsabilidad hipotecaria, merece destacarse el supuesto del hecho del que deriva la STSJ de Andalucía de 30 de julio de 2001 (JT 2001/1535). En este caso, presentada una escritura de declaración de obra nueva, división horizontal y distribución de responsabilidad hipotecaria, el sujeto pasivo, que era una cooperativa, presenta autoliquidación por el IAJD sin efectuar ingreso alguno por entender que estaba exenta. La oficina liquidadora no aprecia la exención y gira liquidación complementaria por dos hechos imposables: la declaración de obra nueva y la división horizontal. Sin embargo, no se gira liquidación complementaria por la distribución de la responsabilidad hipotecaria.

⁶⁰ Referencia Aranzadi (RJ 2003/7844).

La Sentencia de esta Sala, fijando doctrina legal, en recurso de casación en interés de la ley, de 4 de diciembre de 1997 –que el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal invocan en sus alegaciones en apoyo de la tesis de la recurrente–, a la que ha de sumarse la de 25 de noviembre de 2002, dictada en una casación ordinaria, señala que la inscripción en los Registros Públicos (el de la Propiedad, el Mercantil y el de la Propiedad Industrial, a los que ha de añadirse, como parte del primero, el de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento) otorga al titular registral un conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico concede a determinados actos en razón de la forma notarial adoptada y que constituyen –dichas especiales garantías registrales– la finalidad del gravamen de AJD, sin que esa justificación del impuesto lo convierta en una tasa por la prestación de un servicio, como llega a argumentar la Sala en la sentencia recurrida, pues tanto la edificación, los préstamos concertados para financiarla y su distribución entre los pisos y locales, como el otorgamiento de las correspondientes escrituras y su eventual inscripción en el Registro de la Propiedad, forman parte del tráfico inmobiliario, cuya seguridad beneficia a todos y especialmente a cuantos intervienen en él, participando de la riqueza que produce.

También la Sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2002, dictada en recurso de casación n.º 2363/1997, se ocupó del asunto, en un caso similar al de autos y partiendo, como las anteriormente citadas, de la tesis de que el IAJD tiene por hecho imponible la mera formalización notarial de actos económicamente evaluables, inscribibles en los Registros Públicos que antes de señalar y no sujetos a las modalidades de TPO u OS, estableció –la Sentencia acabada de citar– la sujeción al tributo controvertido de la escritura que contenía una nueva distribución del crédito hipotecario, aunque fuera para subsanar omisiones producidas en la anterior escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, por entender que dicho acto reunía las condiciones que lo sujetaban al IAJD, aun cuando no hubiera variado la cifra total del capital del préstamo, ni las cantidades estipuladas para intereses, costas y gastos.

Ha de concluirse, por lo tanto, que la doctrina de la sentencia recurrida es errónea y en cuanto a su carácter gravemente perjudicial para el interés general queda también acreditado, teniendo en cuenta tanto el perjuicio para la Hacienda autonómica como el riesgo de reiteración, pues en la propia sentencia se alude ya a otros fallos similares.

Cumplidos pues estos dos requisitos legales y los demás de carácter formal exigidos para este recurso extraordinario y subsidiario, que nadie ha puesto en duda, procede acceder a la fijación de la doctrina legal pedida, en la forma que se dirá en la parte dispositiva.

Posteriormente en la parte dispositiva señala que «se fija la siguiente doctrina legal: las escrituras de distribución de la carga hipotecaria precedente entre los pisos y locales de un edificio sometido a división horizontal, constituyen actos inscribibles que tienen por objeto cosa valuable, no sujetos a las modalidades de TPO y OS, y, por lo tanto, están sujetos al IAJD, conforme el artículo 31.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprobó el TRLITPAJD».

Es necesario destacar que el TS concreta expresamente la doctrina legal que establece a los supuestos de distribución voluntaria; en concreto, al caso de que en la hipoteca inicialmente constituida, después de procederse a la división horizontal, se distribuya la responsabilidad hipotecaria entre los diversos pisos y locales del edificio. No puede extrapolarse por lo tanto esta doctrina a situaciones en las que la distribución de la responsabilidad hipotecaria tiene su origen en situaciones distintas a la prevista en la sentencia, como ocurre, por ejemplo, en los casos de redistribución necesaria de la responsabilidad hipotecaria derivados de una ampliación del préstamo hipotecario constituido originariamente sobre varias fincas o de la liberación de la responsabilidad hipotecaria a la que queda afecta alguna de las fincas gravadas. Igualmente debe destacarse que el Alto Tribunal acoge un criterio absolutamente formalista en la interpretación del gravamen, al considerar que el hecho imponible viene constituido por la mera formalización notarial de actos de contenido valuable económicamente e inscribibles en el Registro de la Propiedad. Baste apuntar aquí esta consideración que desarrollaremos más adelante.

En cuanto a los supuestos que hemos denominado de distribución necesaria, tanto la Administración tributaria como la jurisprudencia han abordado en diversas resoluciones la problemática derivada de la ampliación del préstamo constituido originariamente sobre varias fincas y de la liberación de la responsabilidad hipotecaria. En cuanto a la ampliación del préstamo, la DGT venía considerando, sin entrar en otras distinciones, que en los casos en los que se amplía el préstamo hipotecario y se procede a la redistribución de la total responsabilidad hipotecaria derivada de la ampliación nos encontramos ante dos hechos imponderables: uno integrado por la ampliación, cuya base imponible viene determinada por el incremento de responsabilidad hipotecaria; y otro por la redistribución o distribución, cuya base imponible viene constituida por la total responsabilidad hipotecaria que se redistribuye. En este sentido, la Consulta 1366-00 de 3 de julio de 2000, la Consulta 1785-02 de 21 de noviembre de 2002 y la Consulta 1858-02 de 27 de noviembre de 2002. Por lo tanto, la DGT juzgaba que ampliación y redistribución o distribución constituyen dos negocios jurídicos distintos. Esta interpretación obvia a nuestro juicio, tal y como veíamos en el epígrafe anterior, que la redistribución derivada de la ampliación de préstamo hipotecario en el que inicialmente (en el momento de constitución del préstamo) se gravan varias fincas y se distribuye (por imperativo del art. 119 de la LH) la responsabilidad hipotecaria entre ellas, supone una circunstancia o elemento ineludible del único negocio jurídico que se otorga: el negocio jurídico complejo consistente en ampliación de préstamo hipotecario.

Sin embargo, en la Consulta 1858-02 de 27 de noviembre de 2002 ⁶¹, la DGT introduce matizaciones en su doctrina que, si bien no suponen una declaración expresa, a nuestro juicio, permiten inferir una confirmación de la tesis de que la redistribución de la responsabilidad hipotecaria derivada de ampliación de préstamo inicialmente constituido sobre varias fincas (y distribuido confor-

⁶¹ Las matizaciones expuestas y el criterio que entrañan se recogen también en la Resolución de la DGT núm. 968 de 24 de mayo de 2001 (ref. Aranzadi JUR 2002/90793).

me al art. 119 de la LH) no constituye un negocio jurídico autónomo que realice el hecho imponible del artículo 32.1 del TRLITPAJD. En efecto, en la citada resolución, después de reiterar el criterio sostenido en otras resoluciones antes expuesto, señala la DGT:

Por último y en cuanto a esta segunda escritura de redistribución de hipoteca convendría precisar que la LH exige en su artículo 119 que «cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder», no permitiendo, por tanto, la posibilidad de que se hipotequen varias fincas a la vez sin especificar la parte de responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada una de ellas. Ello supone que si, como en hipótesis, se señala en el escrito de consulta, ya se ha procedido a la división horizontal de la finca en varios predios independientes, no parece probable que pueda constituirse una hipoteca en garantía del importe del préstamo ampliado [...] para luego proceder a su redistribución, sino que desde el primer momento deberá determinarse «la cantidad o parte de gravamen» de que cada finca deba responder, lo que tiene una repercusión evidente en la tributación por el ITPAJD de la citada operación.

En efecto, si en la segunda de las escrituras se procede a distribuir la hipoteca existente en garantía del préstamo inicial y a ampliar la responsabilidad hipotecaria de cada una de las fincas independientes las liquidaciones a practicar serán las siguientes:

- Redistribución de hipoteca [...] sobre una base imponible correspondiente a la cantidad que se redistribuya, que si en conjunto es la misma dará el mismo resultado.
- Ampliación del préstamo: se practica liquidación [...] sobre una base correspondiente a la cuantía del principal ampliado.

Las Resoluciones reseñadas tienen el acierto de acudir, para determinar la fiscalidad de las operaciones de distribución y redistribución, a la indagación de su naturaleza jurídico-privada. Cuando señalan que «si, como en hipótesis, se señala en el escrito de consulta, ya se ha procedido a la división horizontal de la finca en varios predios independientes, no parece probable que pueda constituirse una hipoteca en garantía del importe del préstamo ampliado [...] para luego proceder a su redistribución, sino que desde el primer momento deberá determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada finca deba responder» incurren en un error, puesto que en el caso de hipoteca sobre un edificio, el artículo 218 del RH señala que «cuando los diferentes pisos o departamentos de una casa pertenezcan a diversos propietarios, conforme a lo establecido en el artículo 396 del CC, podrán acordar los dueños de aquéllos la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de la finca, sin que sea necesaria la previa distribución entre los pisos». A pesar de ello, atinan a comprender que la ampliación del préstamo hipotecario que, bien en su constitución, bien posteriormente (pero siempre antes de la ampliación) se encuentra distribuido, no supone dos hechos imponibles. El argumento implícito que esgrime la DGT es que una vez distribuida la responsabilidad hipotecaria, existen tantos créditos y tantas hipotecas como fincas y, por tanto, en realidad, no hay una sola ampliación de hipoteca, sino que hay tantas ampliaciones de hipoteca como fincas sean objeto de gravamen ⁶².

⁶² Vid. págs. 22 y ss.

De la doctrina establecida por el Centro Directivo se desprende, como expresamente manifiestan las citadas Resoluciones, que la forma en que se configuren las operaciones de ampliación y distribución sobre una finca hipotecada que después ha sido sometida a división horizontal (criterio totalmente extensible a cualquier supuesto de división) tiene una gran incidencia en su régimen fiscal. Si se procede a distribuir la responsabilidad hipotecaria derivada del préstamo inicial y posteriormente se procede a la ampliación tendremos dos hechos impositivos: redistribución de la responsabilidad hipotecaria por una base imponible determinada por el importe inicial del préstamo y ampliación de responsabilidad hipotecaria, cuya base imponible vendrá determinada por el incremento de responsabilidad hipotecaria. Si por el contrario primero se procede a ampliar el préstamo inicial y posteriormente se distribuye (supuesto este que las Resoluciones dudan sea posible a tenor del artículo 119 de la LH, pero que al menos en relación con la división horizontal es admisible al amparo del art. 218 del RH y es bastante frecuente en la práctica) tendríamos dos hechos impositivos también: uno la ampliación, cuya base sería idéntica al supuesto anterior, es decir, el incremento de la responsabilidad hipotecaria, y otro la distribución, cuya base imponible sería mayor que en el supuesto anterior, al comprender la total responsabilidad inicial más el incremento en la total responsabilidad derivada de la ampliación, en definitiva, la total responsabilidad hipotecaria.

4. REFLEXIÓN DOCTRINAL SOBRE LA CUOTA VARIABLE EN LA MODALIDAD DE AJD EN EL ITPAJD A EFECTOS DE SU APLICACIÓN AL CASO DE LA DISTRIBUCIÓN Y REDISTRIBUCIÓN

Antes de afrontar el análisis de la tributación de los supuestos de distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, vamos a realizar una aproximación teórica al ITPAJD y, en particular, al IAJD para enmarcar el objeto de nuestro estudio. Como es sabido, el citado gravamen se compone de tres figuras impositivas⁶³ –en ocasiones, incompatibles⁶⁴– que están reguladas en una

⁶³ En este sentido, *vid.* TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: ¿Unidad de tributo o impuestos distintos», en la obra colectiva *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 51 y ss. El citado autor señala que nos encontramos ante varios tributos refundidos en un único impuesto como consecuencia de «un mero acarreo de normas sin otro orden que el cronológico». En este sentido, fueron objeto de refundición en un único tributo «hechos impositivos heterogéneos hasta entonces diferenciados en sus gravámenes y adscritos tanto al Impuesto de Derechos Reales como al Impuesto de Timbre del Estado» (FERNÁNDEZ FLORES, F.: «El Impuesto y los Actos Jurídicos Documentados», en la obra colectiva *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 221 y ss.). Posteriormente, en el año 1980 fue desgajada la modalidad de OS de la de TPO mediante la Ley 32/1980, de 21 de junio, del ITPAJD. *Vid.* asimismo VILLARÍN LAGOS, M.: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 21. Esta autora asevera que no puede encontrarse un punto de conexión sustancial que permita afirmar la existencia de un único tributo, argumento al que añade la diferencia de objeto material así como de finalidades de los tres impuestos contenidos en el ITPAJD.

⁶⁴ Precisamente, estos supuestos de incompatibilidad han sido uno de los argumentos señalados por la doctrina para afirmar la existencia de tres figuras impositivas diferenciadas (MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L., VILLARÍN LAGOS, M. y DE PABLO VARONA, C.: *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 40 y 41). Además, estos autores han señalado la diferencia entre los hechos impositivos de cada una de ellas que determinaría la existencia de tres impuestos distintos. En la jurisprudencia, *vid.* las SSTs de 13 de

misma ley: TPO, OS y AJD ⁶⁵. De estas tres modalidades, vamos a analizar la última y, en particular, el gravamen por cuota variable de los documentos notariales, por ser el que incide con mayor polémica en la práctica totalidad de las operaciones relacionadas con la actividad inmobiliaria y, concretamente, en los supuestos de distribución y redistribución citados. A este respecto, cabe señalar que el artículo 27.1 del TRLITPAJD somete a tributación, por la modalidad de AJD ⁶⁶, los documentos notariales, mercantiles y administrativos ⁶⁷. A continuación, el segundo apartado establece que el citado impuesto se satisfará bien mediante cuotas variables bien mediante cuotas fijas ⁶⁸, atendiendo a que el documento que se formalice, otorgue o expida, tenga o no por objeto cantidad o cosa valuable, en algún momento de su vigencia. Retornando al hecho imponible de los documentos notariales, se señala, *ex* artículo 28, que están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales ⁶⁹. No obstante, esta configuración del hecho imponible es manifiestamente incompleta, siendo necesario integrarla con los requisitos establecidos en el artículo 31 del TRLITPAJD que seguidamente desarrollaremos.

De esta forma, y como hemos apuntado, dentro de la modalidad de AJD debemos diferenciar dos clases de gravámenes que recaen sobre los documentos notariales: cuota fija y cuota variable. Asimismo, cabe señalar que el TRLITPAJD admite la concurrencia del gravamen documental fijo

febrero de 1987 (ref. Aranzadi RJ 1987/551), de 17 de julio de 1987 (ref. Aranzadi RJ 1987/5760), de 16 de octubre de 1987 (ref. Aranzadi RJ 1987/7237), de 3 de diciembre de 1987 (ref. Aranzadi RJ 1987/8903), de 3 de diciembre de 1987 (ref. Aranzadi RJ 1987/8904), de 24 de noviembre de 1993 (ref. Aranzadi RJ 1993/8461), de 30 de noviembre de 1993 (ref. Aranzadi RJ 1993/8480). *Vid.* en contra la Resolución del TEAC, de 16 de enero de 1997 (ref. Aranzadi JT 1997/230), que afirma la existencia de un único impuesto.

⁶⁵ La modalidad de AJD tiene su origen, fundamentalmente, en el Impuesto sobre el Timbre, el Impuesto sobre Grandezas y Títulos Nobiliarios, Honores y Condecoraciones y el Impuesto sobre Derechos Reales. Respecto a la evolución histórica, *vid.* VILLARÍN LAGOS, M.: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, págs. 35 y ss.

⁶⁶ No obstante, se puede apreciar una evidente contradicción entre el título del Impuesto –AJD– que parece indicar como objeto de gravamen los actos y negocios jurídicos, frente al tenor del artículo 27.1 del TRLITPAJD, que señala sujetos a gravamen los documentos notariales, mercantiles y administrativos. *Vid.* MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L., VILLARÍN LAGOS, M. y DE PABLO VARONA, C.: *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 484.

⁶⁷ La Exposición de Motivos de la Ley 41/1964, de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario, señala que la finalidad del IAJD en el sistema tributario español sería la de «cerrar el campo de la imposición indirecta, sometiendo a gravamen aquellas manifestaciones solemnes de la vida jurídica que, por su importancia, no deberían quedar al margen de la tributación». Sin embargo, en el caso de los documentos notariales de los que ahora nos ocupamos, VILLARÍN LAGOS ha señalado que «se ha producido una transición desde la consideración puramente formalista de la tributación de los documentos notariales hacia una concepción sustancial, de modo que el papel que hoy cumple en el sistema tributario probablemente sea diverso del que cumplió en el pasado» (*La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 23).

⁶⁸ PALAO TABOADA, C.: «El Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados a examen», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 4, 1992, pág. 173. Este autor, analizando la evolución histórica de esta clase de impuestos, subraya la existencia de un doble gravamen: el Impuesto sobre el Tráfico propiamente dicho, en forma de Impuesto de Timbre, y un impuesto de registro, aplicable como una tasa con ocasión de la inscripción en los registros públicos. En el mismo sentido y señalando la existencia de un conglomerado de tributos distintos y susceptibles de ser tratados independientemente, VILLARÍN LAGOS, M.: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 22.

⁶⁹ A estos efectos, la doctrina ha indicado que únicamente resultan gravados aquellos documentos que implican declaraciones o expresiones dotadas de trascendencia jurídica. *Vid.* VILLARÍN LAGOS, M.: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 68.

con el gradual, con lo que un mismo documento notarial que recoja un único acto quedará sujeto a un doble gravamen en la modalidad de AJD. Esta compatibilidad se justificaría por el diferente objeto de gravamen sobre el que recaería cada una de las dos cuotas –fija y variable– de AJD: documento y acto documentado respectivamente. Atendiendo a tal distinción, la doctrina se ha planteado la disyuntiva del objeto del gravamen de cada una de estas modalidades del Impuesto, en el sentido de si se grava el propio documento notarial, es decir, el soporte escrito de la operación; o si, por el contrario, se somete a tributación el negocio jurídico que se recoge en dicho documento. Siguiendo a VILLARÍN LAGOS podemos afirmar que «se pueden distinguir dos planos autónomos aunque recíprocamente interferidos. De una parte, el plano del *negotium* o acto jurídico material que se documenta, es decir, la cosa representada; y, de otra parte, el plano del *instrumentum* o cosa u objeto escrito, es decir, la cosa representativa»⁷⁰. Por esta razón, y aquí radica la disquisición doctrinal, resulta necesario dilucidar cuál de los dos ha querido someter a gravamen el legislador. A este respecto, MUÑOZ DEL CASTILLO, VILLARÍN LAGOS y DE PABLO VARONA⁷¹ aseveran que «el plano del documento notarial puede desempeñar una doble función en la configuración del gravamen sobre documentos notariales: puede constituir el verdadero hecho imponible del gravamen en cuyo caso el AJD sobre documentos notariales debería calificarse como tributo documental; o puede funcionar como soporte material del acto jurídico que representa, el cual constituiría el auténtico hecho imponible del gravamen, en cuyo caso el tributo debería calificarse, muy probablemente, como impuesto sobre el tráfico jurídico⁷²».

A renglón seguido, vamos a analizar brevemente la modalidad de cuota fija para luego centrarnos en la cuota gradual, matizando la aseveración realizada con anterioridad. Atendiendo al planteamiento anterior, el tributo documental coincidiría con el hecho imponible de la modalidad de cuota fija⁷³, dado que ésta recae sobre las matrices y copias de escrituras y actas así como los testimonios notariales, cuantificándose la deuda tributaria por la dimensión física del documento (folios o pliegos). En este sentido, el objeto sobre el que recae el gravamen son los documentos notariales que tienen trascendencia en el tráfico jurídico, quedando por este motivo no sujetos los documentos de régimen organizativo o interno de los notarios⁷⁴ así como las copias simples⁷⁵. Por esta razón, la

⁷⁰ Vid. VILLARÍN LAGOS, M.: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, págs. 70 y 71.

⁷¹ Vid. MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L., VILLARÍN LAGOS, M. y DE PABLO VARONA, C.: *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 484. Anteriormente, vid. CASTEDO ÁLVAREZ, F.: «El funcionamiento del gravamen que recae sobre los Actos Jurídicos Documentados» en la obra *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado 1966-1973*, vol. III, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1975, pág. 210.

⁷² VILLARÍN LAGOS ha señalado que «de recaer sobre el tráfico patrimonial, esto es, si tiene la finalidad de cerrar el círculo de la imposición sobre el tráfico patrimonial, esta superposición de gravámenes sobre un mismo acto o contrato supone una manifestación del anómalo fenómeno de la doble imposición interna» (*La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 100).

⁷³ En el mismo sentido, vid. VILLARÍN LAGOS, M.: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, págs. 70 y 71.

⁷⁴ Así, quedarían excluidos de gravamen los inventarios de los protocolos, libros y papeles de los Notarios, los índices de los protocolos, los libros especiales que exige el Reglamento del Notariado y las notas de apertura y cierre de protocolos. Estos documentos no tienen trascendencia en la vida jurídica, en el tráfico jurídico-patrimonial, además de no tener en absoluto ninguna relación con la capacidad económica (vid. VILLARÍN LAGOS, M.: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 659).

⁷⁵ Las copias simples no tienen valor jurídico sino simplemente informativo, a diferencia de las copias autorizadas, dado que con ellas el Notario no garantiza la transcripción de los documentos contenidos en el protocolo notarial.

justificación originaria que se daba a esta clase de gravamen, en el caso del Impuesto sobre el Timbre, obedecía a la función de garantía que cabía atribuir al sello del Estado ⁷⁶. En definitiva, la conclusión a la que se llega es que la manifestación de capacidad económica gravada radica en la especial protección que supone la formalización notarial, prescindiendo del acto o negocio documentado, dado que la cuantificación se realiza en función del número de folios o pliegos del documento público. No obstante, la doctrina ha apuntado que dicha garantía se ha ido debilitando para justificarse su mantenimiento en fines recaudatorios ⁷⁷, sin que pueda constatarse función extrafiscal alguna ⁷⁸. Además, se ha señalado que debería prescindirse de la categoría impositiva para reconducir dicho gravamen a la figura de la tasa ⁷⁹, dado que en un tributo sobre la expedición de documentos lo único relevante es la utilización del servicio ⁸⁰.

En cambio, en el caso del gravamen por cuota variable el plano sobre el que parece incidir en mayor medida el impuesto ⁸¹ es el del acto o contrato documentado con las matizaciones que, a continuación, realizaremos. Como hemos apuntado, el carácter incompleto de la definición realizada en el artículo 28 del TRLITPAJD nos obliga a acudir al artículo 31.2 para integrar el hecho imponible de la cuota variable ⁸². En concreto, este precepto establece que 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 y de la Propiedad Industrial y no sujetos al ISD o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley (TPO y OS), tribu-

⁷⁶ RODRÍGUEZ PÉREZ, H.: «El Timbre del Estado como medio recaudatorio: manifestaciones actuales» en la obra colectiva *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 258.

⁷⁷ Cuestionando esa relevancia recaudatoria, *vid.* TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «Prólogo» a la obra de VILLARÍN LAGOS, M.: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 13.

⁷⁸ IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «La cuota gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados desde una interpretación principalista», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 186, 1998, pág. 87. En la misma línea, *vid.* HERRERA MOLINA, P.M.: *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*, Marcial Pons, 1998, págs. 13 y 14.

⁷⁹ TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: ¿Unidad de tributo o impuestos distintos?», en la obra colectiva *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 55; PALAO TABOADA, C.: «El Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados a examen», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 4, 1992, pág. 177. *Vid.* la brillante exposición que realiza VILLARÍN LAGOS sobre su configuración como una tasa consecuencia de la actividad administrativa consistente en la dación de fe pública así como de su distinción y compatibilidad con el arancel notarial (*La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, págs. 82 y ss.). En contra, FERNÁNDEZ FLORES, F.: «El Impuesto y los Actos Jurídicos Documentados», en la obra colectiva *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 225. Un estudio detallado de los aranceles notariales puede encontrarse en NAVARRO GÓMEZ, R.: *El arancel de los funcionarios públicos: un estudio de Derecho Tributario*, Tesis Doctoral inédita, Barcelona, 2002 (disponible en <http://www.tdx.cesca.es/>).

⁸⁰ CALVO ORTEGA, R.: «La tributación de la declaración de obra nueva», *Crónica Tributaria*, núm. 7, 1973, págs. 103 y 104.

⁸¹ En este punto, la doctrina no duda del carácter impositivo de la cuota variable, dado que en la descripción de su hecho imponible no se incluye referencia alguna a una concreta actividad administrativa. *Vid.* VILLARÍN LAGOS, M.: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 101.

⁸² SAINZ DE BUJANDA habla de presupuestos genéricos necesitados de integración («Análisis jurídico del hecho imponible», *Hacienda y Derecho*, CEC, Madrid, 1966, Vol. IV, págs. 339 y 340).

tarán, 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, generalmente el 1 por 100 ⁸³.

Realizada esta distinción entre las dos modalidades de gravamen de AJD, cabe indicar que, mientras que la cuota fija no ha presentado problemas de relevancia hasta la fecha ⁸⁴, la cuota variable ha sido y sigue siendo objeto de diversas y frecuentes polémicas ⁸⁵. Por esta razón, nos limitaremos a estudiar esta última en relación con la documentación notarial de diversas operaciones inmobiliarias –fundamentalmente, la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria– en que, según los criterios administrativos y jurisprudenciales antes examinados, la configuración del impuesto determina su sometimiento a gravamen. De esta forma, y a efectos de refutar algunos supuestos de sujeción, vamos a realizar una revisión detallada de los requisitos establecidos en el artículo 31.2 del TRLITPAJD para determinar cuándo debería entenderse realizado el hecho imponible de esta modalidad con especial referencia a la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria ⁸⁶. Una vez comprobada la concurrencia de todos los requisitos fijados, la mayoría de ellos referidos al acto o contrato documentado ⁸⁷, y sin perjuicio de los supuestos de no sujeción existentes a nuestro juicio, intentaremos determinar la capacidad económica sometida a gravamen

⁸³ Cabe recordar que las Comunidades Autónomas tienen competencias normativas para regular el tipo de gravamen. *Vid.* el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de diciembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas que establece que «en caso de tributos cedidos, cada Comunidad Autónoma podrá asumir, en los términos que establezca la Ley que regule la cesión de tributos, las siguientes competencias normativas:

d) En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad «Actos Jurídicos Documentados», la regulación del tipo de gravamen de los documentos notariales».

En este sentido, la mayor parte de las Comunidades Autónomas lo han elevado al 1 por 100. Asimismo, *vid.* el artículo 41.1 a) de 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.

⁸⁴ Aunque no por ello dejan de ser criticables dado que, tal y como señala SIMÓN ACOSTA, estas clases de gravamen son «difícilmente encajables en esquemas actuales de justicia tributaria con los que chocan abiertamente» («La tributación de los préstamos hipotecarios antes y después de su reforma en la Ley de Presupuestos de 1988», *RDFHP* núm. 200, 1989, págs. 479 y 480). En el mismo sentido, OLIVER CUELLO, R.: «El Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y el préstamo hipotecario», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública* núm. 235, 1995, págs. 27 y ss. Por esta razón, algunos autores abogan por su supresión, *vid.* por todos TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: ¿Unidad de tributo o impuestos distintos?» en la obra colectiva *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 55 y 56.

⁸⁵ Una de las cuestiones más controvertidas ha sido la exención de los préstamos hipotecarios, *vid.* por todos RECUERO ASTRAY, J.R.: «La controvertida exención de los préstamos hipotecarios en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados», *Crónica Tributaria* núm. 56, 1986, págs. 173 y ss.

⁸⁶ Podría pensarse que, como el artículo 74 del Reglamento del ITPAJD no recoge expresamente las distribuciones hipotecarias que por ello, no deberían tributar. Pero como afirma la STSJ de Cataluña de 26 enero de 2001 (ref. Aranzadi JT 2001/1377) debe entenderse que el Reglamento del ITPAJD «no tiene el carácter de exhaustividad» y, por tanto, si se cumplen los requisitos del artículo 31.2 del TRLITPAJD, las distribuciones y redistribuciones de responsabilidad hipotecaria estarán sometidas al citado gravamen.

⁸⁷ VILLARÍN LAGOS, M.: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 102.

en las operaciones anteriormente citadas para comprobar si se produce una vulneración del artículo 31.1 de la Constitución Española (CE), una vez estudiadas las diferentes teorías sobre su objeto de gravamen así como la problemática que presenta la utilización del documento privado.

Así, y a tenor de lo establecido en el artículo 31.2 del TRLITPAJD, en primer lugar, cabe señalar que, en la modalidad de cuota variable, son sometidas a gravamen las primeras copias de escrituras y actas notariales⁸⁸, relegándose las matrices y las segundas y ulteriores copias autorizadas de escrituras y actas así como los testimonios notariales⁸⁹. En virtud de las exclusiones citadas, puede concluirse que el presupuesto de hecho sobre el que recae la modalidad de cuota variable diverge de la de cuota fija (matrices y copias de escrituras y actas así como testimonios notariales). A mayor abundamiento, debemos subrayar que, en este caso, no puede identificarse exclusivamente como manifestación de capacidad económica objetivada el especial beneficio que se obtiene por la formalización notarial, dado que, en el caso de que estuviésemos ante un impuesto sobre la expedición de documentos⁹⁰, también deberían ser gravadas las segundas y ulteriores copias. Por último, y atendiendo a la configuración de esta primera exigencia, debemos resaltar la no sujeción a esta modalidad de los documentos privados, tal y como ha señalado la DGT⁹¹, cuestión que reviste especial importancia tras las posibilidades que brinda la RDGRN de 7 de enero de 2004. Hasta la fecha, esta última praxis había sido y sigue siendo empleada fundamentalmente para ocultar la realización del hecho imponible en la modalidad de TPO⁹²; en cambio, en el caso de la cuota variable de AJD, había

⁸⁸ Únicamente, las primeras copias pueden ser empleadas a efectos de fundar una acción ejecutiva. En este sentido, el artículo 517.2.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil establece que «sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:

4. Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes».

⁸⁹ La relegación de los testimonios se produce como consecuencia de su falta de aptitud para documentar actos y contratos y de la falta de valor añadido en cuanto a su garantía de autenticidad de los documentos a que se refieren. *Vid.* VILLARÍN LAGOS, M.: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, págs. 105 y 106.

⁹⁰ CALVO ORTEGA, R.: «La tributación de la declaración de obra nueva», *Crónica Tributaria*, núm. 7, 1973, pág. 104; MENÉNDEZ, J.: «Situaciones urbanísticas que inciden en el Impuesto sobre los Actos Jurídicos Documentados», *Hacienda Pública Española*, núm. 2, 1970, pág. 113.

⁹¹ *Vid.* la Resolución de la DGT núm. 1925/2002, de 11 de diciembre (ref. Aranzadi JUR 2003/48341), en materia de redistribución de la responsabilidad hipotecaria, y la Resolución de la DGT núm. 966/2001, de 11 de diciembre (ref. Aranzadi JUR 2002/90791), en materia de cancelación de condición resolutoria explícita mediante instancia privada dirigida al Registrador de la Propiedad.

⁹² Así, la STS de 29 noviembre 1995 (ref. Aranzadi RJ 1995/9706) ha señalado que «desde la definitiva implantación de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes, a principios de este siglo, la Hacienda Pública ha luchado contra el fraude, conseguido a través de las transmisiones formalizadas en documento privado, en cuatro frentes: 1. Estableciendo normas especiales de cómputo de la prescripción de la acción para liquidar el tributo, concretamente que ésta no corre, hasta el momento en que el documento se presenta a liquidación, salvo que se den los supuestos previstos en el artículo 1.227 del CC, y no todos, porque durante años no se admitió, a estos efectos, el fallecimiento de uno de los contratantes. 2. Negando eficacia jurídica a los documentos privados en tanto no se liquide el Impuesto, de ahí la obligación exigida a todos los Tribunales, Oficinas, Registro Públicos, etc., de no reconocer efecto alguno, ni dar curso a las demandas, acciones, peticiones, etc. en tanto que no se pague el Impuesto. 3. Liquidando como transmisiones onerosas los expedientes de dominio y actas de notoriedad, que podrían ser el medio de legalizar antiguas ocultaciones y acceder así al Registro de la Propiedad. 4. Mediante la acción investigadora. En cuanto al primer frente de actuación, a nadie se le puede ocultar que las transmisiones realizadas en documento privado, por su propia privacidad, pueden ser

sido generalmente desdeñada ante la imposibilidad de acceso al Registro mediante la citada formalización privada. A este respecto, cabe señalar que los efectos de determinadas operaciones se subordinan a su inscripción registral mediante escritura pública⁹³ como consecuencia del principio de titulación pública⁹⁴; éste es el caso, por ejemplo, de las segregaciones o agrupaciones de fincas. En materia de distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria y, en general, para la totalidad de operaciones inmobiliarias, debemos apuntar que hasta la fecha se empleaba escritura notarial para lograr el acceso al Registro de la Propiedad. No obstante, la ya mencionada RDGRN ha confirmado la existencia, en la legislación hipotecaria, de otras opciones al menos en los citados supuestos relativos a la distribución y redistribución de responsabilidad hipotecaria.

En segundo lugar, se exige como requisito necesario para su sometimiento a gravamen que el contenido de los citados documentos notariales sean actos o contratos⁹⁵. Prescindiendo de la discusión doctrinal sobre la amplitud o restricción con que deben entenderse estos términos⁹⁶, creemos que la cuestión a incidir en este punto es la relativa al problema que se plantea, en determinadas operaciones relacionadas con la actividad inmobiliaria, respecto a aquellos actos o actuaciones de los particulares que no producen directamente efectos jurídicos por constituir la ejecución de otros

fácilmente ocultadas, sin que, por tanto, la Administración pueda ejercer su acción liquidadora. Si la prescripción corriera desde la fecha de otorgamiento del documento, la Hacienda Pública estaría en la mayoría de los casos, indefensa, por ello desde la Ley de 2 de marzo de 1900 se ha distinguido: a) documentos públicos, la prescripción corre desde su otorgamiento, y b) documentos privados, desde que se presentan a liquidación o se dan las circunstancias del artículo 1.227 del CC, pues en este último caso tienen eficacia frente a terceros, incluido, entre éstos, la Hacienda Pública». *Vid.* respecto a la polémica de la fecha de inicio del cómputo de la prescripción las SSTs de 30 de enero de 1989 (ref. Aranzadi RJ 1989/554), de 22 de julio de 1991 (ref. Aranzadi RJ 1991/6683), de 20 de octubre de 1995 (ref. Aranzadi RJ 1995/8902). A estos efectos, cabe indicar que el cómputo de la prescripción «empezará a contarse desde el día del devengo, debiendo considerarse que la obligación de contribuir en el ITPAJD nace con el otorgamiento del documento público y cuando se trate de documento privado en la fecha de su presentación o en el caso de que concurran las circunstancias previstas en el artículo 1.227 del CC en la fecha de su incorporación, inscripción, fallecimiento o entrega».

⁹³ MENÉNDEZ, J.: *Nueva fiscalidad de los Actos Jurídicos Documentados*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 248. El citado autor señala la documentación privada de estas y otras operaciones así como la elusión del impuesto, razón por la cual propone el sometimiento a gravamen también de estos documentos privados.

⁹⁴ Como hemos comentado, se trata de un principio relativo que admite excepciones. En este sentido, la legislación hipotecaria prevé varios supuestos en que se permite el acceso al registro del documento privado: inscripción de bienes a favor del heredero único y no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia del solo título de la sucesión (arts. 14.3 de la LH y 76 y 79 del RH); la inscripción a favor de legatario de inmuebles determinados cuando toda la herencia se ha distribuido en legados y no existiere contador partidor, ni se hubiere facultado al albacea para la entrega; la inmatriculación de fincas mediante documento privado complementado con acta de notoriedad cuando en aquél no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transferente o enajenante; cancelación de condición resolutoria explícita mediante instancia privada dirigida al Registrador de la Propiedad; etc. *Vid.* BERMUDO VALERO, M.A.: «La distribución de la carga hipotecaria en documento privado y sus efectos. El artículo 216 del Reglamento Hipotecario. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de enero de 2004», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685, 2004, pág. 2.422.

⁹⁵ Un sector de la doctrina ha dudado de que las actas puedan contener actos o contratos, debiendo limitarse únicamente a los hechos. Respecto a la declaración de obra nueva, *vid.* MENÉNDEZ, J.: «Segregaciones, agrupaciones de fincas y declaraciones de obra nueva ante el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados», *Crónica Tributaria*, núm. 3, 1972, págs. 202 y ss.

⁹⁶ *Vid.*, por todos, CALVO ORTEGA, R.: «La tributación de la declaración de obra nueva», *Crónica Tributaria*, núm. 7, 1973, págs. 103 y 104.

actos previos que ya habían desplegado su eficacia con anterioridad. Además, suscitan problemas los títulos otorgados para completar los elementos negociales de actos previos que no pueden desplegar plena eficacia sin esta integración, al erigirse en necesarios para la efectividad del acto; éste sería el caso, por ejemplo, de la distribución de la responsabilidad hipotecaria respecto a la ampliación del préstamo hipotecario en el que inicialmente se han hipotecado varias fincas ⁹⁷.

En esta línea, el TS ha señalado que el hecho imponible del IAJD es, en el caso de la cuota variable, «una entidad compleja ⁹⁸, constituida, entre otros elementos, por la realización de ciertos actos o contratos (en virtud de los cuales es exigible dicha modalidad de impuesto). En efecto, sin un acto jurídico, o sea, sin un acto humano, voluntario, consciente y productor de efectos jurídicos, no puede materializarse dicho gravamen tributario; por ello, en general, la no producción de efectos jurídicos de ciertos actos, que constituyen una simple ejecución de otros actos previos que ya desplegaron anteriormente su eficacia, provoca que aquéllos, a pesar de cumplir los demás requisitos del presupuesto de hecho del Impuesto, queden fuera de su ámbito objetivo» ⁹⁹. De esta forma, es necesario que el acto o contrato en cuestión tenga una entidad propia y diferenciada de otros actos que hayan podido estar sujetos al ISD o a las modalidades de TPO, de OS e, incluso, del mismo IAJD ¹⁰⁰. En relación con la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, y tal y como apuntábamos en el epígrafe 2 ¹⁰¹ y desarrollaremos a continuación, será necesario distinguir los supuestos de distribución voluntaria y necesaria a efectos de calificarlos, o no, como negocios jurídicos autónomos. En definitiva, podemos concluir que cualquier acto necesario, derivado de uno anterior para que este último pueda tener efectos, queda fuera del objeto de gravamen de este impuesto y, por tanto, no sujeto ¹⁰².

⁹⁷ En ocasiones, la constitución de la hipoteca y la distribución de la responsabilidad hipotecaria van unidas sin solución de continuidad. Como ejemplo, podemos indicar el de la constitución de hipoteca sobre una vivienda y un garaje que constituyen fincas registrales distintas. En este caso y como ya hemos apuntado, la normativa hipotecaria impone la obligación de concretar la responsabilidad hipotecaria de cada uno de los bienes hipotecados. Además, cabe señalar que la escritura se suele calificar como escritura de constitución de hipoteca sin referencia alguna a la distribución de la responsabilidad hipotecaria, a la que únicamente se dedica una cláusula que contiene la distribución entre las dos fincas antes citadas.

⁹⁸ RUBIO PILARTE, I.: «Tributación por el concepto de Actos Jurídicos Documentados de las distribuciones hipotecarias», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 2, 2004, págs. 13 y ss. Este autor ha subrayado «la deficiente determinación del hecho imponible del IAJD, que pocas garantías ofrece con su redacción vigente».

⁹⁹ Vid. por todas el FJ 7.º de la STS de 3 de noviembre de 1997 (ref. Aranzadi RJ 1997/8251).

¹⁰⁰ MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L., VILLARÍN LAGOS, M. y DE PABLO VARONA, C.: *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 520. En el caso de la declaración de obra nueva, el TEAC (Acuerdo del TEAC de 15 de diciembre de 1971) ha declarado que ésta constituye un acto jurídico independiente del contrato de ejecución de obra y, por tanto, gravable con independencia de la imposición que corresponda al contrato de ejecución de obra (comentado por MENÉNDEZ, J.: «Las escrituras de declaración de obra nueva y el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados», *Crónica Tributaria*, núm. 3, 1972, págs. 193 y 194). El citado autor señala en sentido contrario que una declaración de obra nueva es la constancia documental y subsiguiente de un anterior contrato de obras o de una construcción realizada directamente por el mismo declarante (MENÉNDEZ, J.: «Segregaciones, agrupaciones de fincas y declaraciones de obra nueva ante el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados», *Crónica Tributaria* núm. 3, 1972, pág. 202).

¹⁰¹ Vid. págs. 10 y ss.

¹⁰² Supuesto diferente es el de las actas de entrega de cantidades por las entidades financieras, en ejecución de escrituras de préstamo hipotecario, cuyo impuesto haya sido debidamente liquidado o declarada la exención procedente. En este caso, estamos otra vez ante un acto carente de autonomía respecto al préstamo hipotecario que cumple todos los requisitos fijados en el artículo 31.2 del TRLITPAJD para someterlo a gravamen por la cuota gradual. Sin embargo, para paliar un

Sin embargo, una muestra de que este criterio no siempre ha sido seguido por la Administración, lo encontramos, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Extremadura. En concreto, podemos señalar como ejemplo paradigmático la voluntad administrativa de someter a gravamen las actas notariales de terminación de obra ¹⁰³, sin perjuicio de la tributación anterior de la declaración de obra nueva, atropello que ha sido corregido reiteradamente por el TSJ de la citada Comunidad ¹⁰⁴. Otro supuesto a indicar sería el de las escrituras notariales que contengan simultáneamente la división horizontal y la adjudicación de fincas, sin previa disolución de la comunidad de bienes ¹⁰⁵. En este caso, el criterio administrativo sostenido implicaba la tributación, en concepto de AJD, no sólo de la división de la propiedad horizontal sino también de la adjudicación de la mitad de los inmuebles que formaban la comunidad de bienes que se disolvía. Sin embargo, el TS ha entendido que la citada división es el paso previo para poder adjudicar las fincas y disolver el condominio ¹⁰⁶. Otro supuesto que la Administración sujetaba a gravamen era el de descripción del resto de finca en los supuestos de segregación, por la simple descripción del resto de la finca matriz para diferenciarla de la segregada. Sin embargo, la citada descripción no es sino uno de los requisitos que establece el artículo 47 del RH para poder inscribir la segregación, que es el acto o contrato sometido a gravamen ¹⁰⁷. En definitiva, y atendiendo a los criterios administrativos expuestos, se podría afirmar que únicamente se grava el documento con independencia del AJD y de la configuración jurídico-privada de este último.

posible supuesto de doble imposición interna, el artículo 45.I.B.4 del TRLITPAJD ha declarado la exención de las citadas actas. No obstante, juzgamos que técnicamente estamos ante un supuesto de no sujeción, dado que consideramos que no se ha realizado el hecho imponible por constituir un acto de ejecución del préstamo hipotecario.

¹⁰³ Las actas notariales de terminación de obra que no representa más que una mera exigencia formal para que la declaración de obra nueva y la división horizontal accedan al Registro de la Propiedad.

¹⁰⁴ *Vid.*, entre las más recientes, las SSTSJ de Extremadura de 21 de octubre de 2003 (ref. Aranzadi JUR 2004/56534), de 20 mayo de 2003 (ref. Aranzadi JT 2003/199), de 10 de marzo de 2003 (ref. Aranzadi JT 2003/644) y, por último, de 22 de enero de 2003 (ref. Aranzadi JT 2003/306). En el caso del TSJ de Andalucía, *vid.* la Sentencia de 19 de diciembre de 1996 (ref. Aranzadi JT 1996/1757).

¹⁰⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 27 de junio de 2000 (ref. Aranzadi JUR 2000/276614).

¹⁰⁶ El TS, en sus Sentencias de 12 de noviembre de 1998 (ref. Aranzadi RJ 1998/8392) y de 4 de abril de 1977 (ref. Aranzadi RJ 1977/1494), ha entendido que «cuando la división horizontal va seguida, sin solución de continuidad, por la adjudicación de los diferentes pisos y locales de manera individualizada a los miembros de la comunidad de propietarios titular *pro indiviso* del edificio, no es más que un antecedente inexcusable de la división material de la cosa común, integrándose en la figura que la ley asimila a la disolución de sociedad. En efecto, si resulta posible otorgar una escritura de división horizontal sin que se altere la titularidad común o exclusión del inmueble, no lo es practicar la división material del edificio y adjudicar los pisos y locales a los comuneros sin haber realizado antes de la división horizontal de los mismos y cuando ésta se produce en el mismo acto de disolución de la sociedad a que legalmente se equipara la disolución del condominio, no puede gravarse por ambos conceptos».

¹⁰⁷ A este respecto nuestros Tribunales han señalado que «la simple descripción del resto de la finca matriz para diferenciarla de la segregada no constituye un hecho imponible de este impuesto, ya que los actos jurídicos que produce todos los efectos jurídicos son los de segregación, declaración de obra nueva y constitución en propiedad horizontal de la finca segregada también liquidados. Incluso la servidumbre a que hace referencia la escritura, que afecta a las dos fincas, es consecuencia de dicha segregación y de la construcción que se proyecta ejecutar en ambas parcelas (segregada y resto de la finca matriz) y no de la descripción del resto de la finca matriz que se hace en la escritura, necesaria para realizar dicha segregación por exigencias de lo dispuesto en el artículo 47 del Reglamento Hipotecario que establece que siempre que se segregue parte de una finca inscrita para formar una nueva, se inscribirá la porción segregada con número diferente, expresándose esta circunstancia al margen de la inscripción de propiedad de la finca matriz así como la descripción de la porción restante cuando esto fuere posible o, por lo menos, las modificaciones en la extensión y lindero o linderos por donde se haya efectuado la segregación. En la inscripción de la nueva finca se expresará la procedencia de ésta y los gravámenes vigentes de la finca matriz» [*vid.* por todas la STSJ de Murcia, de 3 de junio de 1998 (ref. Aranzadi JT 1998/853)].

Llegados a este punto vamos a detenernos en los supuestos de distribución o redistribución de la responsabilidad hipotecaria, consecuencia de diversas operaciones relacionadas con la actividad inmobiliaria, para verificar su autonomía o dependencia respecto a la hipoteca originaria. Como ya hemos indicado anteriormente, la legislación hipotecaria no siempre impone la distribución o redistribución de la responsabilidad sino que, en ocasiones, queda subordinada al acuerdo entre las partes ¹⁰⁸. Por esta razón, juzgamos ineludible partir de la configuración jurídico-privada de las figuras de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, enfoque que no siempre ha sido secundado ni por los contribuyentes ni por Administración y Tribunales. Abundando en esta idea, consideramos que el citado enfoque constituye el presupuesto de hecho a tamizar con los requisitos del artículo 31.2 del TRLITPAJD a fin de determinar la sujeción o no a gravamen de las citadas operaciones.

En este sentido, algunos sujetos pasivos en sus alegaciones contra las liquidaciones relativas a los supuestos de distribución y redistribución han señalado que éstos no son «sino el elemento instrumental de atribución o fijación de responsabilidades sobre unidades hipotecarias en que el bien queda dividido, no constituyendo un negocio novedoso ni altera los términos de la hipoteca inicial que subsiste en los elementos nucleares que configuran su estructura ni puede aceptarse que sea acto de contenido económico evaluable» ¹⁰⁹, encontrándonos simplemente con una exigencia del principio de determinación o especialidad contenida en el artículo 216 del RH ¹¹⁰. En la misma línea, el TSJ de Extremadura y, en sentido similar, el TSJ de Castilla-La Mancha ¹¹¹, sobre la base de la doctrina del TS a este respecto (independencia o autonomía de los actos y negocios jurídicos), ha señalado que «la mera distribución de la responsabilidad hipotecaria no constituye por sí misma un acto sujeto al impuesto, ya que los actos jurídicos que produjeron efectos jurídicos fueron la concertación de los préstamos y la segregación de las fincas que ya fueron liquidadas» ¹¹². Aunque la idea latente en estos planteamientos es la ausencia de capacidad económica, la cual suscribimos plenamente, entendemos erróneo el enfoque de la cuestión al atacar el objeto del gravamen prescindiendo del análisis de la estructura de la distribución de la responsabilidad hipotecaria, dado que en el supuesto analizado ésta sí que produce efectos jurídicos distintos de la concertación del préstamo y de la segregación.

¹⁰⁸ Vid. el artículo 123 ya citado de la LH.

¹⁰⁹ Vid. el FJ 3.º de la STSJ de Extremadura de 24 de septiembre de 2002 (ref. Aranzadi JT 2003/73), siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Isaac Merino Jara. En sentido similar, vid. las alegaciones del recurrente en la STSJ de Aragón de 18 de junio de 2004 (ref. Aranzadi JT 2004/1353).

¹¹⁰ El artículo 216 del RH establece que «no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder. Los interesados podrán acordar la distribución en el mismo título inscribible o en otro documento público, o en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas».

¹¹¹ No obstante, cabe señalar que, como ya indicaremos a continuación, el TSJ de Castilla-La Mancha en su Sentencia de 22 de enero de 2002 (ref. Aranzadi JT 2002/460) llega a la misma conclusión aduciendo más bien la falta de cosa evaluable. No obstante, sí que señala que «no existe acto novedoso que recaiga sobre objeto evaluable pues el contenido económico de la operación fue apreciado y puesto de manifiesto con ocasión de la escritura inicial de constitución del préstamo que ahora se redistribuye sobre las partes en que se ha dividido dicho inmueble. Por lo que ha de considerarse que el acto no queda sujeto a gravamen. De lo contrario tendríamos una doble imposición sobre un mismo contenido económicamente evaluable».

¹¹² Vid. el FJ 3.º de la STSJ de Extremadura de 24 de septiembre de 2002 (ref. Aranzadi JT 2003/73), siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Isaac Merino Jara.

Analizando estos argumentos, juzgamos que nos encontramos ante un error de planteamiento derivado de la omisión de los aspectos jurídico-privados de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria. En este sentido, pensamos que, incluso cuando no se produzca ninguna variación en el préstamo originario, en determinados supuestos –distribución y redistribución voluntaria *ex art. 123 LH*– estamos ante un negocio jurídico novatorio del préstamo hipotecario originario en cuya virtud la hipoteca se transforma de solidaria en distribuida. Este nuevo acto reúne los requisitos fijados por el artículo 31.2 del TRLITPJAD para su sometimiento a gravamen¹¹³, sin perjuicio de la inexistencia de capacidad económica y de desplazamiento patrimonial en la operación descrita. Planteada la cuestión, reputamos necesario recordar y distinguir los supuestos voluntarios e imperativos de distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria a efectos de determinar si nos encontramos o no ante un negocio jurídico autónomo sujeto al IAJD.

En el primer caso –distribución y redistribución voluntaria– y prescindiendo del análisis de la existencia o no de capacidad económica, fundamentamos la citada sujeción a gravamen en la conformación de la distribución voluntaria como un negocio jurídico autónomo que modifica la configuración de la hipoteca, dado que en ausencia de éste conservaría su carácter solidario. En este sentido, el artículo 123 de la LH establece que «si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se dividirá entre ellos el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor», razón por la cual no se impone la determinación de la responsabilidad hipotecaria. El problema que, en especial en el sector de la construcción y promoción inmobiliaria, se plantea es que, en caso de no procederse a la redistribución, el artículo 123.2 de la LH dispone que el acreedor podrá repetir «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». Por consiguiente, podemos concluir que sin el consenso de ambas partes la hipoteca asumirá carácter solidario y se extenderá a la totalidad de las fincas. Este matiz hace, en la práctica, inviable la salida al mercado de las citadas viviendas, locales, etc., resultado de la división de la propiedad horizontal mientras no se produzca la distribución o redistribución de la responsabilidad hipotecaria, a fin de evitar la repetición reseñada. En definitiva, la citada distribución determina que cada una de las fincas tenga una responsabilidad hipotecaria independiente¹¹⁴, impidiendo que el acreedor pueda, en perjuicio de terceros, repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera. A mayor abundamiento, permite bien la cancelación parcial de la hipoteca que grava las citadas viviendas y

¹¹³ En el mismo sentido, MENÉNDEZ, J.: *Nueva fiscalidad de los Actos Jurídicos Documentados*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 151. No obstante, y al abordar el requisito relativo a la cantidad y cosa valuable, nos cuestionaremos la concurrencia de dicha circunstancia en determinados supuestos de distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria.

¹¹⁴ La STSJ de Cataluña de 29 septiembre de 2001 (ref. Aranzadi 2002/13713) afirma que «la formalización de la segunda operación –la de redistribución de la finca en unidades registrales independientes que asumen su porción correspondiente de crédito y garantía–, cumple sin duda la finalidad a la que va dirigida su actividad –la de construcción de la finca–, que materializa tanto física como jurídicamente a cada finca resultante con entidad propia e independiente, permitiendo entre otros efectos que cada unidad asuma su parte correspondiente de la hipoteca que aún pese sobre la finca matriz efectuando para ello la correspondiente distribución y formalizando la atribuida a cada finca en escritura pública que de este modo le proporciona frente a terceros la fe pública que le caracteriza. El objeto es evidente que varía por concreción y la dación de seguridad pública frente a terceros que proporciona de modo independiente a cada unidad registral esta segunda escritura notarial es distinto de aquel que sirvió en la otorgada en primer lugar para garantizar el crédito concertado sobre la finca matriz».

locales, una vez pagada la parte del crédito por la que respondiesen cada una de ellas individualmente, bien la liberación parcial de las mismas ¹¹⁵; operaciones ambas que juzgamos no determinan obligación tributaria alguna ¹¹⁶. Este criterio de sometimiento a gravamen basado en un análisis jurídico-privado, en los supuestos de distribución voluntaria, ha sido sostenido reiteradamente por la DGT en diversas contestaciones a consultas ¹¹⁷ así como por diversos Tribunales ¹¹⁸.

El segundo caso que debemos analizar es el de la distribución o redistribución necesaria de la responsabilidad hipotecaria. Como señalábamos en el epígrafe 2, existen supuestos tales como la ampliación de la responsabilidad hipotecaria o la liberación de gravamen de algunas fincas que constituyen negocios jurídicos novatorios de la relación jurídica hipotecaria que necesariamente integran como elemento ineludible del acto o contrato la redistribución de la responsabilidad hipotecaria. De tal forma que la omisión de esta circunstancia impide la plena eficacia de la operación y, obviamente, también su inscripción en el Registro ¹¹⁹.

¹¹⁵ Vid. el análisis jurídico-privado que se realiza en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de diciembre de 2002 (ref. Aranzadi JT 2003/471). En la citada sentencia se señala que la distribución de la responsabilidad hipotecaria constituye «una verdadera novación objetiva del negocio hipotecario, consistente en la alteración de su objeto. Dicha alteración ha consistido en sustituir una primitiva y única hipoteca, que recaía sobre un inmueble en construcción, en una pluralidad de nuevas hipotecas, cada una con un objeto diferente; y siendo ese distinto objeto, justamente, cada uno de los distintos pisos o locales en que se ha dividido el inmueble al sujetarse al régimen de propiedad horizontal. No estamos pues ante una simple concreción o especificación de la hipoteca primitiva, sino ante una auténtica sustitución de una única hipoteca, un único derecho real, por una pluralidad de hipotecas o derechos reales, independientes entre sí por razón de su distinto objeto. Por lo demás, no otra cosa se desprende de los artículos 119 y siguientes de la LH. Su artículo 120, en concreto, dispone que la división de la responsabilidad hipotecaria entre distintos inmuebles comporta que cada uno de ellos responderá sólo por la parte del crédito a que esté concretamente afecto; y su artículo 123 permite que, cuando se produzca la división de una finca hipotecada, el crédito hipotecario no se distribuya entre ellas; el crédito se distribuye sólo cuando exista acuerdo al respecto. Y la consecuencia es obvia: como señala el artículo 125, si el crédito no se ha distribuido entre las fincas resultantes, no se podrá pedir la liberación de ninguna de ellas hasta que el crédito haya sido totalmente satisfecho. No estamos pues ante una especificación, sino ante una novación objetiva de la hipoteca».

¹¹⁶ Téngase en este supuesto la distinta eficacia que puede tener la distribución de la responsabilidad hipotecaria según se contemple la relación *inter partes* y frente a terceros. Vid. págs. 21 y ss.

¹¹⁷ Sobre la base de la configuración jurídico-privada de las figuras de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, vid. las Resoluciones de la DGT de 13 de noviembre de 2003 (ref. Aranzadi JUR 2004/21004), de 8 de abril de 2003 (ref. Aranzadi JUR 2003/11889), de 14 de enero de 2003 (ref. Aranzadi JUR 2003/58996) y de 4 de noviembre de 1999 (ref. Aranzadi JUR 2001/215914).

¹¹⁸ Sobre la base de la configuración jurídico-privada de las figuras de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, vid. la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 5 de diciembre de 2002 (ref. Aranzadi JT 2003/471) y la STSJ de Cataluña de 29 septiembre de 2001 (ref. Aranzadi 2002/13713). No obstante, también cabe señalar sentencias que, prescindiendo del citado análisis jurídico-privado, han determinado el mismo resultado, vid. la STS de 24 de octubre de 2003 (ref. Aranzadi RJ 2003/7844) y entre otras las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 7 de abril de 2004 (ref. Aranzadi JT 2004/1021), de 3 de marzo de 2004 (ref. Aranzadi JT 2004/665) y de 22 de enero de 2002 (ref. Aranzadi JT 2002/460), la STSJ de Galicia de 30 de mayo de 2003 (ref. Aranzadi JUR 2003/268326), la STSJ de Andalucía de 28 de marzo de 2003 (ref. Aranzadi JT 2003/1380) y las SSTSJ de Extremadura de 24 de septiembre de 2002 (ref. Aranzadi JT 2003/73) y de 26 de septiembre (ref. Aranzadi JT 2002/265120).

¹¹⁹ En el mismo sentido, vid. FALCÓN Y TELLA, R.: «La distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado: una alternativa legal para eludir un gravamen improcedente (Editorial)», *Quincena Fiscal*, núm. 16, 2004, págs. 3 y ss. Este autor distingue entre distribuciones simultáneas y posteriores a la constitución de la hipoteca, señalando que cuando son simultáneas se erigen en requisito para su constitución.

En primer término, vamos a abordar la ampliación del préstamo hipotecario, si bien a efectos de una mayor claridad expositiva vamos a hacer una breve referencia a la distribución de la responsabilidad hipotecaria como consecuencia de la constitución de una hipoteca sobre varias fincas. Con este *excursus* pretendemos demostrar que supuestos entre los que existe identidad de razón tienen tratamientos tributarios distintos. Así, en el caso de que se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, el artículo 119 de la LH exige que se determine «la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder», no permitiendo, por tanto, la posibilidad de no especificar, de no distribuir, la responsabilidad hipotecaria de cada una de las fincas. Frente a la distribución voluntaria, aquí sí que nos encontramos ante una exigencia del principio de determinación de la responsabilidad hipotecaria, hasta el extremo de que el Registrador denegará la inscripción hasta que se subsane el citado defecto derivado de la indeterminación de la responsabilidad. En este caso, la Administración no gira liquidación por la distribución de la responsabilidad hipotecaria en el momento de constituirse la hipoteca sobre varias fincas sino únicamente por la citada constitución ¹²⁰. De esta forma, entiende que no estamos ante dos negocios independientes sino que la distribución es un «elemento», utilizando la terminología jurídico-privada, del negocio constitutivo de la hipoteca.

En cambio, este criterio es ignorado en los supuestos de ampliación de hipoteca constituida inicialmente sobre varias fincas, juzgando la Administración que concurren dos hechos imponderables diferenciados: la citada ampliación y la distribución o redistribución de la responsabilidad hipotecaria, prescindiendo del análisis jurídico-privado de este último instituto. A esta misma conclusión llega el TEAC en su Resolución de 20 de junio de 1996 ¹²¹. Sin embargo y a efectos registrales, entendemos que, en este supuesto, vuelve a ser ineludible la distribución de la responsabilidad hipotecaria, puesto que no puede existir una parte de la responsabilidad distribuida y otra solidaria, es decir, sin distribuir. Por estas razones, postulamos la no sujeción de estas operaciones al no constituir un negocio jurídico autónomo respecto a la ampliación de la hipoteca. Al igual que ocurre en el supuesto de constitución de hipoteca sobre varias fincas, juzgamos que estamos ante una única convención en función del carácter imperativo de la redistribución de la responsabilidad hipotecaria, a todas luces necesaria para que sea efectiva la ampliación del préstamo hipotecario. A la misma conclusión llega FALCÓN Y TELLA distinguiendo entre distribución simultánea –necesaria– y posterior a la constitución –voluntaria– de la responsabilidad hipotecaria ¹²².

Ahora bien, la práctica de la construcción y promoción inmobiliaria es mucho más rica en matices del supuesto *supra* planteado. Así, dentro del fenómeno de la ampliación debemos distinguir dos posibilidades: ampliación de hipoteca distribuida y ampliación de hipoteca solidaria. Tal y como planteábamos en el epígrafe 2 ¹²³, al constituirse la hipoteca sobre varias fincas y, *ex* artículo 119 de la LH, distribuirse la responsabilidad hipotecaria, no se produce, *inter partes*, ni la divi-

¹²⁰ *Vid.* por ejemplo la reconstrucción de la operación en el FJ 2 de la STSJ de Cataluña, de 21 de mayo de 2004 (ref. Aranzadi JUR 2004/224844), en un caso de constitución de hipoteca sobre varias fincas en la que sólo se liquidaba el IAJD por la constitución de la misma.

¹²¹ Ref. Aranzadi JT 1996/984.

¹²² *Vid.* FALCÓN Y TELLA, R.: «La distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado: una alternativa legal para eludir un gravamen improcedente (Editorial)», *Quincena Fiscal*, núm. 16, 2004, págs. 3 y ss.

¹²³ *Vid.* págs. 10 y ss.

sión del préstamo ni la del crédito garantizado ¹²⁴. Sin embargo, la división de la hipoteca sí puede realizarse si las partes así lo acuerdan. En efecto, en ocasiones, las partes establecen en la escritura de constitución que ésta se considera dividida entre todas las fincas que son objeto de gravamen. Si bien aun existiendo créditos distintos garantizados con hipotecas diversas, se establecen unas condiciones financieras uniformes para los diversos préstamos divididos convencionalmente. Es evidente que en este último supuesto, cuando se amplía el préstamo hipotecario, en realidad, existen tantas ampliaciones como préstamos hipotecarios inicialmente constituidos. Por lo tanto, no se plantea en este caso realmente un problema de redistribución de la responsabilidad hipotecaria, puesto que no existe una hipoteca sobre una pluralidad de fincas sino que se reputa que existen una pluralidad de hipotecas; tantas como fincas sobre las que se producen individualmente las ampliaciones. Por ende, y a efectos fiscales, únicamente existe un hecho imponible sujeto al IAJD: la ampliación del préstamo hipotecario.

Distinto supuesto es la ampliación de un préstamo hipotecario solidario, en el que nos encontramos ante una situación de partida en la que inicialmente se constituye hipoteca sobre una única finca y, posteriormente, esa finca es dividida sin distribuir la responsabilidad hipotecaria pretendiéndose ahora ampliar el único préstamo inicial existente. Ante este presupuesto de hecho, caben dos formas de actuación que, como veremos, conllevan consecuencias fiscales totalmente distintas. Así, es posible que se proceda en primer lugar a la ampliación del préstamo hipotecario y, una vez ampliado ese préstamo inicial, se realice la distribución de la responsabilidad hipotecaria. En este caso, estamos evidentemente ante un supuesto de distribución voluntaria, cuyas consecuencias fiscales son las anteriormente señaladas, es decir, la existencia de dos hechos imponibles diferenciados: la ampliación del préstamo hipotecario y la distribución de la responsabilidad hipotecaria. A este respecto debemos diferenciar la base imponible de ambas operaciones. En la ampliación, ascendería únicamente al incremento de la responsabilidad hipotecaria; en cambio, en la distribución recaería sobre la total responsabilidad hipotecaria distribuida. Este planteamiento es el sostenido por la DGT y al cual nos adherimos completamente, al cumplirse, también a nuestro juicio, todos los requisitos del artículo 31.2 del TRLITPAJD, sin perjuicio de que juzguemos que no existe manifestación alguna de capacidad económica.

Otra posibilidad que cabe referir es aquella en la que la distribución de la responsabilidad hipotecaria se produce con anterioridad a la ampliación del préstamo. En este caso, primero se distribuye la responsabilidad del préstamo inicial y, posteriormente, se amplía el préstamo. Como consecuencia nos encontramos ante una ampliación de préstamo sobre hipoteca distribuida. Ante este presupuesto de hecho, la DGT, en la Resolución de 27 de noviembre de 2002 ¹²⁵, identifica dos hechos imponibles: distribución del préstamo inicial y su ampliación. Paradójicamente –atendiendo al criterio sostenido hasta la citada Resolución– omite un tercer hecho imponible: la redistribución

¹²⁴ Esta división únicamente tendrá lugar respecto de terceros como se desprende del artículo 120 de la LH que establece que «fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero, sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses, con arreglo a lo prescrito en los anteriores artículos».

¹²⁵ Resolución de la DGT de 27 de noviembre de 2002 (ref. Aranzadi JUR 2003/48274).

de la responsabilidad hipotecaria consecuencia necesaria de la ampliación del préstamo. El argumento esgrimido es que tras la distribución se ha producido a su vez la división tanto de la hipoteca como del crédito ¹²⁶. Aunque no compartimos la argumentación, puesto que ya hemos señalado que entendemos que no existe relación causa-efecto entre distribución de la responsabilidad y división de la hipoteca, coincidimos en el importe de las liquidaciones derivadas de este supuesto. En definitiva, la DGT considera que no existe redistribución ¹²⁷, mientras que nosotros defendemos la existencia de la misma pero excluyendo su sujeción por derivarse la citada operación de la ampliación de la hipoteca ¹²⁸, no constituyendo, por tanto, un negocio jurídico autónomo.

A continuación vamos a analizar la distribución y redistribución como consecuencia de operaciones de liberación de responsabilidad hipotecaria para dirimir la sujeción o no al IAJD de las primeras atendiendo a sus aspectos jurídico-privados. La liberación implica una modificación que afecta directamente a las fincas hipotecadas –novación modificativa– al sustraerlas de la relación hipotecaria y que conlleva necesariamente la redistribución de la responsabilidad hipotecaria, salvo cuando ésta se haga recaer sobre una única finca. En cuanto al tratamiento fiscal, podemos avanzar que, a nuestro juicio, la distribución o redistribución de la responsabilidad hipotecaria consecuencia de la liberación parcial quedan fuera del objeto de gravamen del IAJD. Nos encontramos ante un acto necesario, derivado de uno anterior (liberación) e imprescindible para que este último pueda tener efectos, razón por la cual debe quedar fuera del objeto de gravamen de este Impuesto y, por tanto, no sujeto. Sin embargo, este planteamiento generalmente no ha sido acogido por los Tribunales al juzgar que estamos ante un negocio que reúne todos los requisitos del artículo 31.2 del TRLITPAJD, prescindiendo del análisis jurídico-privado de la redistribución derivada de la liberación parcial de la responsabilidad hipotecaria ¹²⁹.

¹²⁶ Probablemente, creemos que, ante la desmesurada carga tributaria que este criterio conllevaba para el contribuyente, el Centro Directivo ha acogido un criterio más favorable para éste, sin que el mismo aparentemente se derive de forma necesaria de las circunstancias del supuesto planteado. A nuestro juicio, y aun existiendo jurisprudencia en sentido contrario, la división del préstamo hipotecario no se produce, como ya hemos apuntado, por la mera distribución de la responsabilidad hipotecaria.

¹²⁷ Así, la DGT (*vid.* nota 125) señala que «por último y en cuanto a esta segunda escritura de redistribución de hipoteca convendría precisar que la LH exige en su artículo 119 que "cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder", no permitiendo, por tanto, la posibilidad de que se hipotequen conjuntamente varias fincas a la vez sin especificar la parte de responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada una de ellas. Ello supone que si, como en hipótesis, se señala en el escrito de consulta, ya se ha procedido a la división horizontal de la finca en varios predios independientes, no parece probable que pueda constituirse una única hipoteca en garantía del importe del préstamo ampliado, 4.103.614,48 euros, para luego proceder a su redistribución, sino que ya desde el primer momento deberá determinarse "la cantidad o parte de gravamen" de que cada finca deba responder, lo que tiene una repercusión evidente en la tributación por el ITPAJD de la citada operación. En efecto, si en la segunda de las escrituras se procede a redistribuir la hipoteca existente en garantía del préstamo inicial y a ampliar la responsabilidad hipotecaria de cada una de las fincas independientes, las liquidaciones a practicar serán las siguientes: – Redistribución de hipoteca: igual que en el caso anterior procederá practicar liquidación por la cuota variable de DN de AJD, pero ahora sobre una base imponible correspondiente a la cantidad que se redistribuya, que si en conjunto es la misma dará el mismo resultado. – Ampliación del préstamo: se practicará liquidación por la cuota variable del documento notarial, sobre una base correspondiente a la cuantía del principal ampliado».

¹²⁸ Negando como hecho imponible la distribución de la responsabilidad hipotecaria en los supuestos de ampliación del préstamo hipotecario, *vid.* STSJ de Cantabria, de 25 de noviembre de 2002 (ref. Aranzadi JT 2002/1786).

¹²⁹ *Vid.* la STSJ de Murcia de 21 de mayo de 2003 (ref. Aranzadi 2003/63055).

Antes de abordar las diferentes posibilidades, es conveniente recordar que la liberación no supone modificación alguna de la responsabilidad hipotecaria sino únicamente del número de fincas hipotecadas. Así, nos vamos a centrar en la casuística derivada de la liberación de responsabilidad hipotecaria bien por segregación o revalorización de los bienes objeto de hipoteca bien por la cancelación parcial del préstamo hipotecario. Un primer supuesto sería el consistente en la segregación o división de una finca hipotecada acompañada de la liberación de cargas y gravámenes sobre las nuevas fincas creadas, recayendo la total responsabilidad hipotecaria sobre la matriz o sobre sólo una de las fincas resultantes de la división. En este caso, ni siquiera es necesaria la distribución de la responsabilidad hipotecaria al recaer, como acabamos de apuntar, la total responsabilidad hipotecaria sobre una única finca.

Un segundo supuesto sería aquel en que resultando varias fincas de la división o segregación sólo se libera la responsabilidad de alguna de ellas y se redistribuye la total responsabilidad entre las restantes, estamos ante un supuesto de redistribución necesaria y derivada de la citada operación de liberación. Otro supuesto similar sería el de liberación parcial en caso de que, por la revalorización de una o varias de las fincas objeto de hipoteca, fuese posible liberar alguna de ellas y redistribuir la responsabilidad hipotecaria entre las restantes. En estos casos, la redistribución de la responsabilidad hipotecaria deriva de forma ineludible del acto de liberación parcial al excluirse, sin alterar la responsabilidad hipotecaria total (salvo en el caso de cancelación parcial ¹³⁰), la garantía hipotecaria sobre las fincas liberadas. En definitiva, juzgamos que la distribución o redistribución es ineludible en los supuestos de liberación parcial de responsabilidad hipotecaria cuando el préstamo hipotecario esté constituido sobre varias fincas y, después de la liberación, queden como garantía hipotecaria más de una.

Empero, la DGT en aquellos casos de segregación de fincas hipotecadas en los que todo el gravamen hipotecario pasa a recaer sobre la finca matriz y se libera de responsabilidad hipotecaria a la porción o porciones segregadas ¹³¹ únicamente ha tomado en consideración los negocios de segregación y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, ignorando y negando eficacia jurídica a la liberación de la responsabilidad hipotecaria. En consecuencia, juzga que sólo existen dos negocios autónomos y, por tanto, dos hechos imposables: segregación y redistribución (interpretando que la concentración de la total responsabilidad hipotecaria en la finca matriz es un supuesto de redistribución que da lugar a la liberación de la porción o porciones segregadas). En sentido similar, el TSJ de Extremadura, aludiendo a la doctrina del TS, prescinde del análisis jurídico-privado y examina de forma independiente y autónoma la distribución de la responsabilidad hipotecaria, descartando cualquier relación de la misma con la liberación de la responsabilidad hipotecaria ¹³² e

¹³⁰ En sentido contrario al que nosotros nos posicionamos, *vid.* la STSJ de Murcia de 21 mayo de 2003 (ref. Aranzadi JUR 2003/163055).

¹³¹ *Vid.* la Resolución de la DGT núm. 1893/2003, de 13 de noviembre (ref. Aranzadi JUR 2004/21004). En concreto, se señala al final de la contestación que «en conclusión, la distribución de la garantía hipotecaria deberá tributar de forma separada e independiente de la segregación de la finca».

¹³² La STSJ de Extremadura, de 28 de julio (ref. Aranzadi JUR 2004/290274) señala, respecto a una escritura pública de reducción de hipoteca, liberación y distribución de responsabilidad hipotecaria, que ante «el documento considerado, que, recuérdese, contiene una nueva distribución del crédito hipotecario, la conclusión no puede ser otra que la de entender que esa nueva distribución estaba sujeta al IAJD».

incluso con la cancelación parcial en el caso del TSJ de Murcia ¹³³. En la misma línea podemos situar el planteamiento del TEAC al afirmar que «la liberación de algunas fincas ha implicado necesariamente la redistribución de la carga» hipotecaria ¹³⁴ en su totalidad sobre la finca matriz. Más tajante es la STSJ de Castilla y León de 25 septiembre de 2003 ¹³⁵ que señala que «por consiguiente distribuida la garantía hipotecaria del préstamo entre algunas de las fincas resultantes la simple descripción que se efectúa en la escritura de que las restantes fincas se hallan libres de responsabilidad hipotecaria no constituye un hecho imponible de este impuesto, ya que el acto jurídico que produce efectos jurídicos es el de división de la garantía hipotecaria por el que se ha liquidado, siendo consecuencia de dicha división el que algunas de las fincas resultantes se hallen libres de la garantía hipotecaria, sin que por tanto constituyan un hecho imponible». De forma más confusa, el TSJ de Castilla y León, precisando que la cuestión a enjuiciar es si la liberación de la responsabilidad hipotecaria está o no sujeta al IAJD, parece confundirla con la distribución de la responsabilidad hipotecaria al afirmar que la citada operación supone una modificación de la responsabilidad hipotecaria que conlleva una nueva distribución de la responsabilidad hipotecaria, fijando como base imponible la total responsabilidad hipotecaria y no la liberada ¹³⁶.

No obstante, también cabe señalar la existencia de otros criterios defendidos por otros TSJ –Cataluña, Galicia y Cantabria– en los que se somete a gravamen exclusivamente la liberación de la responsabilidad hipotecaria, asimilándola en cierta forma a la cancelación parcial de hipoteca antes de la previsión de su exención ¹³⁷, por un supuesto de modificación objetiva –reducción del número de fincas o liberación de parte de la finca hipotecada– aunque discrepando sobre la fijación de la base imponible. Llegados a este punto, debemos alinearlos con el TSJ de Cantabria ¹³⁸, que la esta-

¹³³ Vid. la STSJ de Murcia de 21 mayo de 2003 (ref. Aranzadi JUR 2003/163055).

¹³⁴ Vid. la Resolución del TEAC, de 25 de febrero de 2004 (JUR 2004/175187). Este caso es siquiera más flagrante, dado que al recaer la hipoteca originaria sobre la finca matriz no había distribución de responsabilidad hipotecaria alguna.

¹³⁵ Ref. Aranzadi JUR 2004/240538.

¹³⁶ La STSJ de Castilla y León, de 17 de septiembre de 2004 (ref. Aranzadi JUR 2004/274336), dispone que «en efecto, entendemos que la liberación de la responsabilidad hipotecaria de la finca segregada supone de hecho una modificación de las hipotecas inicialmente constituidas sobre la finca matriz, lo que conlleva una nueva distribución de la responsabilidad hipotecaria previamente establecida que origina el tributo litigioso, por lo que la formalización notarial de esta operación está sujeta al Impuesto aquí controvertido». Cabe señalar que para llegar a este razonamiento se basa en la STS de 15 de junio de 2002 (ref. Aranzadi RJ 2002, 5917), que versa sobre un supuesto de distribución de responsabilidad hipotecaria. Vid. en sentido similar, pero extremadamente confusas por no relatar el supuesto de hecho, las SSTSJ de Cantabria, de 14 de mayo de 2004 (ref. Aranzadi 2004/173704) y de 12 de diciembre de 2003 (ref. Aranzadi JUR 2004/109727).

¹³⁷ Vid. la STSJ de Cataluña, de 30 de abril de 2004 (ref. Aranzadi JUR 2004/194573), que afirma que «en el caso presente, en la escritura se procedió a segregar tres fincas de la matriz y se liberaron las mismas de la cuota de responsabilidad hipotecaria que pesaba sobre las fincas resultantes de la segregación, según convinieron las partes en la escritura», para luego añadir que «planteada así la cuestión es indudable que se ha producido una novación objetiva en el derecho real de hipoteca» y que «con independencia del *nomen* que se dé al negocio jurídico por las partes, lo cierto es que en la escritura se recogía un convenio para la cancelación parcial de la hipoteca sobre las fincas segregadas, que también constituían su objeto en el inicial negocio hipotecario, modificándose convencionalmente el objeto del derecho real de hipoteca». Sin embargo, juzgamos errónea la determinación de la base imponible, al fijarla en la total responsabilidad hipotecaria y no en la responsabilidad liberada y reasignada a las otras fincas, tal y como hace la STSJ de Cantabria, de 27 de enero de 2005 (ref. Aranzadi JUR 2005/63135). Asimismo, el TEAC realiza la citada equiparación entre liberación y cancelación [vid. la Resolución de 28 noviembre de 2002 (ref. Aranzadi JUR 2002/145962)].

¹³⁸ Vid. la STSJ de Cantabria, de 27 de enero (ref. Aranzadi JUR 2005/63135).

blece en la responsabilidad liberada y reasignada a las otras fincas y no en la total responsabilidad hipotecaria como los TSJ de Cataluña ¹³⁹ y Galicia ¹⁴⁰. A este respecto y atendiendo a los planteamientos del TEAC, debemos señalar que, en el supuesto de no existir distribución previa de dicha responsabilidad en el momento de efectuarse la segregación, sí que sería correcta la fijación de la base imponible en la total responsabilidad hipotecaria, tal y como resulta de lo dispuesto en los artículos 104, 122 y 123 de la LH ¹⁴¹. Sin perjuicio de que exceda del objeto de este trabajo, juzgamos que, en la actualidad y tras la previsión de la exención para las cancelaciones ¹⁴², la liberación parcial de responsabilidad hipotecaria debe considerarse como una operación no sometida a gravamen ¹⁴³.

En tercer lugar, se requiere que las primeras copias de escrituras y actas notariales tengan por objeto cantidad o cosa valuable. No obstante, y aunque del tenor del precepto parece inferirse una alusión a la escritura o al acta, juzgamos que la cantidad o cosa valuable se refiere al contrato o acto recogido en los citados documentos, dado que éstos en su vertiente formal no son susceptibles de valoración ¹⁴⁴. Éste es uno de los argumentos que invita a pensar a la doctrina que se grava el acto o negocio, dado que el documento no puede valorarse económicamente. A la hora de fijar el significado a atribuir a la expresión cantidad o cosa valuable, es necesario atender al artículo 30.3 del TRLITPAJD. *A sensu contrario* del tenor del precepto, entendemos que el acto o contrato cumplirá dicho requisito cuando en algún momento de su vigencia se pudiese determinar la cuantía de la base imponible ¹⁴⁵. Sin embargo, esta afirmación resulta insuficiente, dado que no precisa si es necesario que tenga un contenido económico directo o basta que el acto o contrato verse sobre un bien o derecho de carácter patrimonial.

Ante esta disyuntiva, la doctrina ha señalado la necesidad de que el acto o contrato tenga un contenido económico directo ¹⁴⁶, pues sólo en estos casos su realización puede constituir una manifestación de capacidad económica que pueda someterse a gravamen. Así, MENÉNDEZ ha afirmado que «no sería suficiente que constituya un objeto remoto, porque a la larga, muchos negocios, aunque sólo sea tangencialmente, se refieren a cosas tasables» ¹⁴⁷. En esta línea, CALVO ORTEGA distingue en función de que el acto o contrato tenga cosa o cantidad valuable o, por el contrario, conten-

¹³⁹ Vid. la STSJ de Cataluña, de 30 de abril de 2004 (ref. Aranzadi JUR 2004/194573).

¹⁴⁰ Vid. la STSJ de Galicia, de 28 de julio de 2003 (ref. Aranzadi JUR 2004/11975).

¹⁴¹ Vid. la Resolución del TEAC, de 28 noviembre de 2002 (ref. Aranzadi JUR 2002/145962).

¹⁴² FALCÓN Y TELLA señala que la cancelación «se trata en realidad de un supuesto de no sujeción, pues la escritura de cancelación no es un acto jurídico en el sentido de que no tiene efectos jurídicos sustantivos (que se anudan al pago de la obligación garantizada) sino meramente registrales» (*Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Iustel, Madrid, 2005, pág. 117).

¹⁴³ Juzgamos que la liberación de responsabilidad hipotecaria constituye un supuesto de cancelación formal de la hipoteca.

¹⁴⁴ MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L., VILLARÍN LAGOS, M. y DE PABLO VARONA, C.: *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 520.

¹⁴⁵ Por esta razón, el precepto se completa estableciendo que si la base imponible 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.

¹⁴⁶ RUBIO PILARTE, I.: «Tributación por el concepto de Actos Jurídicos Documentados de las distribuciones hipotecarias», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 2, 2004, págs. 13 y ss.

¹⁴⁷ MENÉNDEZ, J.: *Nueva fiscalidad de los Actos Jurídicos Documentados*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 23.

ga la manifestación de un hecho o la descripción de una situación. Respecto a esta última posibilidad sigue manteniendo que, aunque siempre se puede afirmar que la citada manifestación o descripción se refiere a una cosa valuable, juzgamos con él que el citado carácter valuable es más bien el contenido indirecto de la citada declaración de conocimiento ¹⁴⁸.

Por el contrario, la mayoría de nuestros tribunales junto a la Administración han entendido que se realiza el hecho imponible cuando el acto o contrato versa sobre un bien o derecho de carácter patrimonial, primando el contenido indirecto del acto o contrato, aunque el contenido directo no sea valuable ¹⁴⁹. No obstante, se empiezan a vislumbrar algunos posicionamientos jurisprudenciales que comienzan a señalar que el requisito de la valuabilidad debe referirse al contenido directo del acto o contrato y no a la cosa –contenido indirecto– sobre la que versa ¹⁵⁰. Así, cabría destacar la multitud de sentencias que han declarado que, en el cambio de la condición de nominativas al portador de las acciones, no cabría detectar cantidad o cosa valuable, con independencia de que contengan la expresión de la cifra del capital social o de la parte del mismo afectada ¹⁵¹. Asimismo, debemos añadir los supuestos de corrección de las cuotas de participación, siempre y cuando no se alteren superficies de los pisos y locales, dado que, en este caso, tampoco la escritura tendría por objeto cantidad o cosa valuable ¹⁵². En cambio, posteriormente, respecto a una escritura que «contenía una nueva distribución del crédito hipotecario, fuera cual fuera su causa, incluida la necesidad de subsanar omisiones anteriores derivadas de una incorrecta declaración de obra nueva y división horizontal, la conclusión no puede ser otra que la de entender que esa nueva distribución estaba sujeta al IAJD, aun cuando no hubiera variado la cifra total del capital del préstamo ni las cantidades estipuladas para intereses, costas y gastos» ¹⁵³.

¹⁴⁸ CALVO ORTEGA, R.: «La tributación de la declaración de obra nueva», *Crónica Tributaria*, núm. 7, 1973, pág. 104.

¹⁴⁹ Vid. la Resolución del TEAC de 22 de noviembre de 1996 (ref. Aranzadi JT 1996/1629) que señala que la citada referencia «equivale a decir que han de versar sobre dinero (cantidad) o sobre bienes o derechos (cosa valuable), en definitiva, que tengan naturaleza patrimonial».

¹⁵⁰ MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L., VILLARÍN LAGOS, M. y DE PABLO VARONA, C.: *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 521.

¹⁵¹ Vid. entre otras las SSTs de 8 de abril de 1995 (ref. Aranzadi RJ 1995/3650), dos de 3 de noviembre de 1997 (ref. Aranzadi RJ 1997/8251 y 1997/8252), 10 de junio de 2000 (ref. Aranzadi 2000/4472) y de 3 marzo de 2001 (ref. Aranzadi RJ 2001/3725). En la doctrina, vid. LOZANO SERRANO, C.: «¿Se sujeta a la cuota gradual del IAJD la modificación del número y valor nominal de las acciones sin variación del capital social?», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 1, 2001, págs. 19 a 22.

¹⁵² Vid. las Resoluciones de la Dirección General de Tributos núm. 477/2004, de 23 diciembre (ref. Aranzadi JT 2005/56) y núm. 1865/2002, de 29 de noviembre de 2002. La DGT en la primera resolución concluye que «la variación de las cuotas de participación de todas las propiedades en el edificio, derivada de la ampliación que ha supuesto la construcción de la vivienda y los trasteros de la tercera planta no supone el devengo de la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales, por todas y cada una de las propiedades cuya cuota se modifica, siempre que no se alteren las superficies de los pisos y locales que lo componen, al faltar el requisito de que la escritura pública tenga por objeto cantidad o cosa valuable, ya que lo valuable en la constitución de edificios en régimen de propiedad horizontal es el valor real de coste de la obra nueva más el valor real del terreno, y éstos no son objeto de cambio o modificación alguna por el otorgamiento de la nueva escritura» y añade que «esta escritura se limita a recoger el acuerdo de subsanación o rectificación de los coeficientes de participación en la propiedad resultantes de la constitución original del edificio en régimen de propiedad horizontal, sin alteración de la superficie de los distintos elementos componentes de aquél».

¹⁵³ STSJ de Aragón de 18 de junio de 2004 (ref. Aranzadi JT 2004/1353). Ésta es la doctrina del TS, reflejada en sus sentencias de 24 octubre de 2003 (ref. Aranzadi RJ 2003/7844) y de 15 junio de 2002 (ref. Aranzadi RJ 2002/5917). Vid., en sentido similar, las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 3 de marzo de 2004 (ref. Aranzadi JT 2004/665) y de 7 de abril de 2004 (ref. Aranzadi JT 2004/1021) y las SSTSJ de Aragón de 20 febrero de 2004 (ref. Aranzadi JUR 2004/230622) y de 14 enero de 2004 (ref. Aranzadi JT 2004/1262).

Respecto a la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, el TSJ de Castilla-La Mancha, atendiendo al principio de capacidad económica, en diversas sentencias ha asumido el planteamiento del TS ¹⁵⁴, respecto a la alteración del carácter al portador de unas acciones a nominativas, «al exigir que para que el objeto de la escritura sea valuable a efectos del impuesto no basta con que el acto haga alusión o se refiera a un objeto valorable, sino que el acto en sí lo sea». Trasladándolo a las citadas operaciones, el citado TSJ manifiesta que «si la distribución superficial puramente interna del inmueble (y la proporcional de la responsabilidad hipotecaria) se reorganiza, no puede decirse que el acto por el que se hace sea valorable, sin perjuicio de que recaiga sobre un objeto que lo es (el inmueble), pero que ya ha sido valorado antes y ya ha dado lugar a una liquidación tributaria que gravó la capacidad contributiva puesta de manifiesto al respecto» ¹⁵⁵. Sin embargo, debemos discre-

¹⁵⁴ Vid. las SSTs de 9 de octubre de 2002 (ref. Aranzadi RJ 2002/10047), de 18 de febrero de 2002 (ref. Aranzadi RJ 2002/1354), de 20 de julio de 2001 (ref. Aranzadi RJ 2001/7108), de 11 de julio de 2001 (ref. Aranzadi RJ 2001/8369), de 17 de octubre de 2000 (ref. Aranzadi RJ 2001/8369) y de 8 de abril de 1995 (ref. Aranzadi RJ 1995/3650).

¹⁵⁵ La STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2002 (ref. Aranzadi JT 2002/460) señala que «la escritura aquí gravada (...) se limita a describir de nuevo un edificio, redistribuyendo la división horizontal que se hizo en la primera escritura (...) con la consiguiente redistribución de la responsabilidad hipotecaria en atención a las nuevas superficies realmente ejecutadas. Ahora bien, y esto es fundamental, todo ello se hace respetando el valor global del edificio y su volumen, cosa que la propia Administración reconoce en la resolución del recurso de reposición interpuesto por el hoy demandante, en la que se afirma que la base imponible coincide con el valor declarado en la escritura original, para la división horizontal no ha habido incremento de valor. Sentado lo anterior, la Administración pretende la sujeción del acto al impuesto con base en el siguiente argumento lógico: se otorga una escritura notarial [art. 27.1 a) de la Ley del Impuesto], la cual contiene una operación que recae sobre un objeto susceptible de valoración (arts. 29.3 y 31.2), luego la operación está sujeta y la base imponible es el valor de dicho objeto. Ahora bien, esta concepción adolece de un carácter excesivamente formalista, que en realidad niega que el impuesto venga a gravar una manifestación de riqueza y se centra en considerarlo de una forma que más se aproxima a lo que sería una tasa por prestación de un servicio [art. 26.1 a) LGT]; así, el señor Abogado del Estado señala que el IAJD es un tributo de naturaleza formal, cuyo objeto imponible es la especial protección que el Ordenamiento Jurídico otorga a determinadas formas jurídicas. Pero si el IAJD es un impuesto, como lo es, su hecho imponible habrá de responder a la concepción del mismo que luce en el punto c) del párrafo 1 del citado artículo 26, es decir, negocios, actos o hechos de naturaleza jurídica o económica que ponen de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo. La capacidad contributiva que se pone de manifiesto en relación con una obra nueva y su división horizontal, con asunción y distribución de una determinada responsabilidad hipotecaria, se manifiesta de una vez, y una sola vez, en la valoración del inmueble que se construye o que se va a construir, siempre que la misma no se altere posteriormente. Ciertamente, el hecho imponible no es la construcción del inmueble, sino el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, pero desde el momento en que la base imponible es el valor del acto contenido en la escritura gravada, la reflexión anterior resulta del todo aplicable al caso. Si la distribución superficial puramente interna del inmueble (y la proporcional de la responsabilidad hipotecaria) se reorganiza, no puede decirse que el acto por el que se hace sea valorable, sin perjuicio de que recaiga sobre un objeto que lo es (el inmueble), pero que ya ha sido valorado antes y ya ha dado lugar a una liquidación tributaria que gravó la capacidad contributiva puesta de manifiesto al respecto. Una concepción estrictamente formal del impuesto llevaría al gravamen repetido de una misma riqueza y una misma capacidad contributiva sobre la mera idea de que el hecho imponible es el otorgamiento de una escritura que haga alusión a un objeto valorable, aunque no añada ningún valor al mismo y aunque aquel valor ya haya sido tomado como base de cálculo de una liquidación anterior. La STS que con acierto cita el recurrente se orienta, aunque en un supuesto distinto, en una línea similar, al exigir que para que el objeto de la escritura sea valuable a efectos del impuesto no basta con que el acto haga alusión o se refiera a un objeto valorable, sino que el acto en sí lo sea (en el supuesto citado se trataba de la alteración del carácter al portador de unas acciones, haciéndolas nominativas). Siendo así las cosas, no puede sino afirmarse, con el actor, que la escritura de 7 de septiembre de 1993, que dio origen a la liquidación combatida, no estaba sujeta al IAJD. Dicha doctrina resulta perfectamente aplicable al caso ya que la escritura se limita a redistribuir entre las distintas viviendas en que ha sido objeto de división horizontal el inmueble la responsabilidad hipotecaria global pero no existe un acto novedoso que recaiga sobre objeto evaluable pues el contenido económico de la operación fue apreciado y puesto de manifiesto con ocasión de la escritura de inicial constitución del préstamo que ahora se redistri-

par de tal afirmación, dado que sí juzgamos que exista cosa valuable aunque coincidamos en que la operación de distribución de la responsabilidad hipotecaria no constituye una manifestación de capacidad económica ¹⁵⁶. En concreto, entendemos que el acto en sí es valorable, dado que permite que cada una de las fincas tenga una responsabilidad hipotecaria independiente, que el acreedor no pueda repetir por la totalidad de la suma asegurada y la posibilidad de cancelar parcialmente la hipoteca, una vez pagada la parte del crédito con que estuviesen gravadas las mismas ¹⁵⁷.

En definitiva, en «la opción por una u otra interpretación acerca del significado del requisito de la valuabilidad subyace la consideración de que se parta respecto al objeto del gravamen. Así, cuando se considera que el objeto del tributo es el documento notarial en su vertiente formal y la capacidad económica que se pretende gravar es la especial protección que el ordenamiento dispensa a este tipo de formalización se suele identificar el término "objeto" de la descripción del requisito de la valuabilidad con la cosa, bien o derecho a la que se refiere el acto o contrato formalizado notarialmente ¹⁵⁸. Por el contrario, cuando se parte de la idea de que el verdadero objeto del tributo es el acto o contrato en cuanto tal, como por otra parte señala expresamente el propio artículo 31.2 del TRLITPAJD, se requiere que la valuabilidad sea una cualidad del contenido, del efecto jurídico directo producido por el acto o contrato ¹⁵⁹, no bastando, para entender realizado el hecho imponible, con que el acto o contrato verse sobre cosa valuable» ¹⁶⁰. Por último, hay que advertir que, en todo caso, la magnitud elegida como base imponible coincide con una cualidad del acto o contrato documentado y no del documento.

buye sobre las partes en que se ha dividido el mismo inmueble. Por lo que ha de considerarse que el acto no queda sujeto a gravamen. De lo contrario tendríamos una doble imposición sobre un mismo contenido económicamente evaluable». Vid. asimismo las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 28 septiembre de 2001 (ref. Aranzadi JUR 2001/328284) y de 16 febrero de 1998 (ref. Aranzadi JT 1998/382). No obstante, tras la STS de 24 de octubre de 2003 (ref. Aranzadi RJ 2003/7844) en recurso de casación en interés de ley, el TSJ de Castilla-La Mancha ha cambiado su criterio acatando la doctrina fijada por el TS [vid. la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de marzo de 2004 (ref. Aranzadi JT 2004/665)].

¹⁵⁶ En este sentido, no compartimos que la capacidad económica gravada sea la especial protección que se brinda al titular registral que defienden tanto nuestros Tribunales como nuestro legislador.

¹⁵⁷ En contra, vid. FALCÓN Y TELLA, R.: *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Iustel, Madrid, 2005, pág. 119, y YUSTE JORDÁN, A.: «¿Están sujetas al IAJD las escrituras públicas de división de préstamos hipotecarios? (Sentencia comentada STSJ Extremadura de 24 de septiembre de 2002 (JT 2002,73))», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 5, 2003, págs. 5 y ss.

¹⁵⁸ CALVO ORTEGA afirma que «la exigencia de que el acto o contrato tenga por objeto cantidad o cosa valuable es incompatible con un tributo sobre la expedición de documentos en que lo único relevante es la utilización del servicio público y, en consecuencia, el tributo a exigir debe ser una tasa» («La tributación de la declaración de obra nueva», *Crónica Tributaria*, núm. 7, 1973, págs. 103 y 104).

¹⁵⁹ MENÉNDEZ señala que documentos que tienen por objeto directo cantidad son aquellos en que una de las prestaciones inmediatas del acto jurídico es el dinero (préstamos, depósitos, etc.) y los que tienen por objeto directo cosa valuable pueden ser cualesquiera otros contratos en que la prestación en especie o en una cosa determinada pueda traducirse en un valor en metálico («Segregaciones, agrupaciones de fincas y declaraciones de obra nueva ante el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados», *Crónica Tributaria*, núm. 3, 1972, págs. 204 y 205).

¹⁶⁰ MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L., VILLARÍN LAGOS, M. y DE PABLO VARONA, C.: *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 522 y 523.

En cuarto lugar, se exige que los citados documentos notariales contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial. Atendiendo al tenor del precepto, cabe señalar que se grava la mera posibilidad de acceso al registro ¹⁶¹, con independencia de su inscripción efectiva y de su obligatoriedad ¹⁶². En este sentido, por acto inscribible se entiende todo aquel acto o contrato cuando potencialmente reúne los requisitos necesarios para acceder al registro público correspondiente, sin perjuicio de que la misma se solicite o no ¹⁶³, o incluso se obtenga o no ¹⁶⁴, aspecto que entronca con los supuestos de subsanación y rectificación que desarrollaremos seguidamente. Respecto a este cuarto requisito, la doctrina señala que debería gravarse cuando fuesen obligatoriamente inscribibles, no por la mera posibilidad de inscribirse ¹⁶⁵. Incluso, algún autor aboga por exigir el impuesto únicamente cuando se produzca el efectivo acceso al registro, dado que la especial seguridad se obtiene por su inscripción efectiva y no por la mera posibilidad de inscribir ¹⁶⁶. En relación con este requisito del carácter inscribible del acto o negocio, se plantea el problema de los posibles errores del documento notarial de subsanación necesaria ¹⁶⁷, dado que, en estos supuestos, nos encontramos ante documentos inscribibles pero sin acceso efectivo al registro por el error que contienen. Por esta razón, y como a continuación explicaremos, se prevé la exención para aquellas escrituras destinadas a salvar la ineficacia de otros actos anteriores por los que se hubiera satisfecho el impuesto y estuvieran afectados de un vicio que implique inexistencia o nulidad, incidencias que no deben confundirse con supuestos de novación modificativa. Esto determina que, por ejemplo, una escritura que contenga una agrupación o división de fincas que no surtan efectos registrales por no reunir los requisitos fijados por la normativa hipotecaria quede sometida al IAJD al cumplir los requisitos del artículo 31.2 del TRLITPAJD, sin perjuicio de la denegación del Registrador a inscribir. No obstante, y ante el interés de acceder a la protección que brinda la inscripción registral, nos encontraremos, probablemente, con una nueva escritura que, siempre y cuando sea posible, subsane los defectos que han impedido el acceso al Registro. Por esta razón, y para paliar los efectos apuntados del artículo 54 del TRLITPAJD, el artículo 45.I.B.13 del TRLITPAJD establece que están exentas las transmisiones y demás actos y contratos cuando tengan por exclusivo objeto salvar la ineficacia de otros actos anteriores por los que se hubiera satisfecho el impuesto y estu-

¹⁶¹ PALAO TABOADA, C.: «El Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados a examen», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 4, 1992, pág. 182.

¹⁶² *Vid.*, respecto al problema de la inscribibilidad de los préstamos y créditos bancarios en el Registro Mercantil, MARAVER SÁNCHEZ, E.: «Aproximación a la incidencia del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en las operaciones bancarias de préstamo y crédito formalizadas en escritura pública», *Crónica Tributaria*, núm. 43, 1982, págs. 103 y ss.; y OTERO NOVAS, J.M.: «El crédito bancario formalizado en escritura notarial ante el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados», *Crónica Tributaria*, núm. 43, 1982, págs. 155 y ss.

¹⁶³ MENÉNDEZ, J.: *Nueva fiscalidad de los Actos Jurídicos Documentados*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 27.

¹⁶⁴ Tal y como señala el TEAC, en su Resolución de 10 de febrero de 1994, el requisito de la inscripción en el Registro hace referencia a la posibilidad de inscribir la operación escriturada, con independencia tanto de los defectos como intrínsecos.

¹⁶⁵ TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «Los préstamos bancarios en escritura notarial y el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados», *Crónica Tributaria*, núm. 44, 1983, págs. 156 y 157.

¹⁶⁶ PALAO TABOADA, C.: «El Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados a examen», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 4, 1992, pág. 190. Este último autor va más allá, vinculando el gravamen a la efectiva registración de los documentos.

¹⁶⁷ *Vid.* lo comentado en el epígrafe 2 (págs. 10 y ss.).

vieran afectados de vicio que implique inexistencia o nulidad ¹⁶⁸. Esta disposición tiene su razón de ser en la configuración de la cuota variable del IAJD y, en concreto, de su devengo ¹⁶⁹ que es previo a la calificación registral que determina la necesidad de subsanación de la escritura presentada.

Empero, una vez realizadas las precisiones anteriores, cabe subrayar que, bajo el amparo de esta disposición, no puede pretenderse la exención de escrituras que no contienen una verdadera subsanación sino que esconden una novación modificativa del negocio objeto de inscripción ¹⁷⁰. A estos efectos y respecto a la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, vamos a distinguir dos supuestos; un primero en el que la escritura de rectificación o subsanación se deriva de un pretendido –por las partes– defecto en la propia distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria y un segundo en el que la presentación de una nueva escritura se deriva de un error en el negocio previo que conduce a la distribución y redistribución citada. En el primer caso, no puede sostenerse la aplicación de la exención en los casos en que, en realidad, se está produciendo una novación modificativa del negocio inicialmente planteado como, por ejemplo, en caso de sustitución de fincas ¹⁷¹, de incorporación de nuevas fincas ¹⁷² o de liberación parcial de responsabilidad

¹⁶⁸ La STSJ de Andalucía de 13 de junio de 2002 (ref. Aranzadi JT 2002/1151) señala, en un supuesto de subsanación de escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que «la escritura originaria resultaba inadecuada para producir en plenitud los efectos jurídicos que le eran propios, y desde el punto de vista fiscal, el que nos interesa carecía de virtualidad para su inscripción registral, tal y como consta en la escritura de subsanación, cuya causa fue precisamente la imposibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad, lo que conllevaba el decaimiento de los requisitos contemplados en el artículo 31.2 antes transcrito. Si la tributación que nos ocupa se asienta no en la concreta operación realizada, esto es en el préstamo con garantía hipotecaria, sino sobre la seguridad y publicidad que le otorga la formalización en escritura y la inscripción en el Registro, la imposibilidad de acceder al Registro cuestiona la aplicación del propio gravamen puesto que la escritura, a los efectos que en éste interesa, carece de los requisitos para producir los efectos jurídicos que justifican aquél, como expresamente se recoge en la legislación aplicable. Por lo que si la primera escritura pública no podía tener acceso al Registro, siendo necesaria su subsanación a dichos efectos, sólo podrá sujetarse la escritura cuando se completen los requisitos legalmente exigidos; debiéndose entender que es con esta segunda escritura de subsanación de defectos cuando se completan la totalidad de los requisitos que tiene como virtualidad el generar el hecho imponible sujeto al impuesto. No existen dos actos sujetos, uno por cada escritura, sino uno solo en los términos vistos, por lo que sólo puede ser objeto de un gravamen; de ahí que liquidado, autoliquidado el primer documento, más la liquidación complementaria, sólo procedía girar otra liquidación por la diferencia entre lo ingresado y lo debido ingresar». Además, el TEAC, en su Resolución de 21 de octubre de 1992 (ref. Aranzadi JT 1992/592), ha señalado que, en caso de nulidad de anotación registral, procederá la devolución de lo ingresado en el Tesoro Público, tal y como establece, el artículo 60.1 del TRLITPAJD.

¹⁶⁹ El artículo 49.1 b) del TRLITPAJD establece que el IAJD se devengará en la modalidad de AJD, el día en que se formalice el acto sujeto a gravamen; es decir la escritura o acta notarial correspondiente. Suficientemente ilustrativa es la STSJ de Cataluña de 26 enero de 2001 (ref. Aranzadi JT 2001/1377) que señala que «el hecho imponible se ha producido, con independencia de que posteriormente (no en un único acto integrado, cual se afirma en la demanda) se anule o deje sin efecto por escritura posterior el hecho que da origen al tributo (la distribución hipotecaria dicha). Tal es la «verdadera naturaleza jurídica» del otorgamiento inicial, luego anulado con posterioridad (art. 2 de la Ley del Impuesto)».

¹⁷⁰ *Id.* la STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2001 (ref. Aranzadi JT 2001/944).

¹⁷¹ La Resolución de la DGT de 29 diciembre (ref. Aranzadi JUR 2001/202755) señala que, en los casos de sustitución de la garantía hipotecaria, estamos ante un supuesto de cancelación de la responsabilidad hipotecaria establecida sobre una de las fincas originarias y la constitución de una nueva hipoteca sobre una finca distinta, aceptando el acreedor el referido cambio. Por tanto, se deriva la realización de dos hechos imponibles claramente diferenciados: la cancelación de una hipoteca anterior y la constitución de una nueva, por lo que, concurriendo en ambos hechos todos los requisitos exigidos en el artículo 31.2 del TRLITPAJD, ambos constituyen hecho imponible por la modalidad AJD.

¹⁷² *Id.* la STSJ de Madrid de 23 de julio de 2004 (ref. Aranzadi JUR) en la que se procedía a incorporar las hipotecas constituidas sobre los trasteros de forma independiente respecto a las viviendas.

hipotecaria mediante escritura de modificación de la distribución de la responsabilidad hipotecaria ¹⁷³. De esta forma, debe prescindirse de la calificación del documento –escritura de rectificación o de subsanación– y atender a la operación que se documenta para delimitar aquellos supuestos que no constituyen un error sino, por el contrario, una pura y dura modificación del negocio inicialmente planteado ¹⁷⁴.

En cambio, en el segundo, cuando practique una liquidación derivada de una distribución o redistribución de la responsabilidad hipotecaria sobre la base de un acto anterior –por ejemplo, división de la propiedad horizontal ¹⁷⁵– que adolece de algún defecto, juzgamos que la citada operación (distribución o redistribución), al igual que este último acto (división) cuando vuelvan a ser presentadas para su inscripción, deben ser considerarse exentas. En este sentido, el TEAC ha señalado que las escrituras que rectifican o subsanan errores materiales o de hecho no están sujetas al AJD; sin embargo si no existe tal error y lo que se está efectuando es una nueva declaración de voluntad sí que será procedente el citado gravamen ¹⁷⁶. Así, podríamos señalar por ejemplo aquellos documentos rectificadores –escritura de subsanación– de un error descriptivo de un inmueble ¹⁷⁷. Sin embargo, los Tribunales prescinden de las omisiones contenidas en el negocio previo –por ejemplo, obra nueva y división horizontal– y resuelven el sometimiento a gravamen de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria al concurrir los requisitos del artículo 31.2 del TRLITPAJD ¹⁷⁸, dándose así más importancia al documento en que se formaliza ¹⁷⁹ por encima del acto documentado que ya ha sido objeto de gravamen previo. En concreto, en la STS de 15 de julio de 2002 (ref. Aranzadi RJ 2002/5917) se alegaba precisamente, por parte del contribuyente, la presentación de una escritura de rectificación en la que se procedía a realizar una nueva distribución de la responsabilidad hipotecaria corrigiendo la presentada anteriormente como consecuencia de la existencia de determinados errores en la escritura de obra nueva y de división horizontal. A estos efectos, el TS afirmó que nos encontrábamos ante una nueva distribución del crédito hipotecario, con independencia de que obedeciera a errores en la escritura de obra nueva y de división horizontal, y, por tanto, sometida al IAJD ¹⁸⁰.

¹⁷³ Vid. la STSJ de Aragón de 18 de junio de 2004 (ref. Aranzadi JT 2004/1353).

¹⁷⁴ Vid. asimismo la STSJ de Aragón de 20 de febrero de 2004 (ref. Aranzadi 2004/230622).

¹⁷⁵ Vid. la nota 152 (pág. 56).

¹⁷⁶ Resolución del TEAC de 23 de octubre de 1975 (citada por MENÉNDEZ, J.: *Nueva fiscalidad de los Actos Jurídicos Documentados*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 22).

¹⁷⁷ MENÉNDEZ, J.: *Nueva fiscalidad de los Actos Jurídicos Documentados*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 21.

¹⁷⁸ Vid. la STS de 15 de junio de 2002 (ref. Aranzadi RJ 2002/5917), la STSJ de Canarias de 24 de junio de 2004 (ref. Aranzadi JUR 2004/201848), la STSJ de Andalucía de 9 de abril de 2003 (ref. Aranzadi JUR 2003/231608). En contra de la tributación de la subsanación pero realizando una interpretación principalista que excluye la aplicación de la exención del artículo 45 del TRLITPAJD, vid. la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de febrero de 1998.

¹⁷⁹ FERNÁNDEZ FLORES, F.: «El Impuesto y los Actos Jurídicos Documentados» en la obra colectiva *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 226.

¹⁸⁰ En la STS de 15 de julio de 2002 (ref. Aranzadi RJ 2002/5917) se alegaba precisamente, por parte del contribuyente, la presentación de una escritura de rectificación en la que se procedía a realizar una nueva distribución de la responsabilidad hipotecaria corrigiendo la presentada anteriormente como consecuencia de la existencia de determinados errores en la escritura de obra nueva y de división horizontal. A estos efectos, el TS afirmó que nos encontrábamos ante una nueva distribución del crédito hipotecario, con independencia de que obedeciera a errores en la escritura de obra nueva y de división horizontal, y, por tanto, sometida al IAJD.

En este orden de ideas y en íntima relación con el requisito de la inscribibilidad, cabe recordar que, atendiendo al artículo 54 del TRLITPAJD¹⁸¹, 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 aquel, salvo lo dispuesto en la legislación hipotecaria¹⁸². Nos encontramos ante una previsión del legislador para asegurar tanto la declaración del hecho con posible trascendencia tributaria –a fin de evitar ocultaciones– como la recaudación de la deuda. No obstante, debemos subrayar que este control por parte del Registrador correspondiente no puede ir más allá de la simple constatación de la presentación del documento con la calificación que el contribuyente estime¹⁸³, resultándole a aquél vedado, a efectos de inscripción registral, el enjuiciamiento de la corrección o incorrección de la declaración presentada, tal y como ha afirmado la DGRN en su Resolución de 21 de octubre de 1987¹⁸⁴.

En último lugar, se exige que no estén sujetos al ISD así como a las modalidades de TPO y de OS del ITPAJD. La doctrina ha señalado que esta «incompatibilidad se apoyaría, precisamente, en la identidad de la materia imponible gravada» por las citadas modalidades, es decir, el acto o

¹⁸¹ Este precepto ha sido desarrollado por los artículos 122 y 123 del Reglamento del ITPAJD. Así, el artículo 122 establece por una parte que «1. Los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de la Propiedad Industrial no admitirán, para su inscripción o anotación, ningún documento que contenga acto o contrato sujeto al impuesto, sin que se justifique el pago de la liquidación correspondiente, su exención o no sujeción.

2. A los efectos previstos en el número anterior, se considerará acreditado el pago del impuesto, siempre que el documento lleve puesta la nota justificativa del mismo y se presente acompañado de la correspondiente autoliquidación, debidamente sellada por la oficina que la haya recibido y constanding en ella el pago del tributo o la alegación de no sujeción o de la exención correspondiente.

3. En estos casos, se archivará en el Registro una copia de dicha autoliquidación y el registrador hará constar, mediante nota al margen de la inscripción, que el bien o derecho transmitido queda afecto al pago de la liquidación complementaria que, en su caso, proceda practicar. En dicha nota se expresará necesariamente el importe de lo satisfecho por la autoliquidación, salvo que se haya alegado la exención o no sujeción.

4. La nota se extenderá de oficio, quedando sin efecto y debiendo ser cancelada cuando se presente la carta de pago de la indicada liquidación complementaria y, en todo caso, transcurridos cinco años desde la fecha en que se hubiese extendido». Por otra parte, el artículo 123 dispone 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. Los Juzgados y Tribunales remitirán a los órganos competentes para la liquidación del impuesto copia autorizada de los documentos que admitan en los que no conste la nota de haber sido presentados a liquidación».

¹⁸² MUÑOZ DEL CASTILLO, VILLARÍN LAGOS y DE PABLO VARONA concretan que «la no admisión, al menos en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial sólo se producirá para la inscripción o anotación del documento, pero el documento deberá admitirse para realizar el asiento de presentación preparatorio de una inscripción o anotación posterior» (*Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 798).

¹⁸³ Aunque entendemos que no es necesario, la praxis y, en concreto, algunas oficinas liquidadoras de distrito hipotecario exigen la presentación del modelo 600 incluso en el caso de que no esté sujeta a gravamen la operación a inscribir, como es el caso de la distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado.

¹⁸⁴ La citada Resolución (ref. Aranzadi RJ 1987/7658) indica que «el artículo 254 de la LH impone al Registrador el deber de comprobar el pago de los impuestos que devengue todo acto que pretenda su acceso al Registro, como requisito previo para la práctica del asiento. Asimismo, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que tal deber quedaba cumplido si el documento presentado contenía nota firmada por el liquidador del impuesto que acreditara su pago, prescripción o exención, no pudiendo en tal hipótesis suspender la inscripción so pretexto de error o deficiencia de la liquidación practicada y sin perjuicio de ponerlo en conocimiento de la Delegación de Hacienda respectiva». *Vid.* asimismo las Resoluciones de 26 y 29 de diciembre de 1930 (RJ 1930/1843 y RJ 1930/1845), 5 de enero de 1959 (RCL 1959/117), 11 de diciembre de 1974 (RJ 1974/5060) y 4 de mayo de 1982 (RJ 1982/2617).

contrato ¹⁸⁵. Asimismo, y aunque no se establece como requisito en el manido artículo 31.2 del TRLITPAJD, cabe señalar que, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 4 del TRLITPAJD, no sería solución realizar, por ejemplo, operaciones de división de la propiedad horizontal o de segregación, junto a la distribución o redistribución de la responsabilidad hipotecaria en una única escritura ¹⁸⁶. En estos casos y dada la autonomía de ambas operaciones, podrían ser presentadas al Registro bien en un único documento bien en dos, simultánea o posteriormente. En este sentido, cabe recordar que el citado precepto establece que se girarán tantas liquidaciones como convenciones contenga el documento notarial, salvo que la regulación hipotecaria determine otra cosa. Un ejemplo de esta excepción sería el de préstamos con garantías que únicamente tributan por el concepto de préstamo siempre y cuando se realicen simultáneamente ¹⁸⁷. No obstante, y como ya hemos apuntado, esta disposición quedaría sin efecto en el caso de actos o contratos no autónomos realizados en ejecución de un acto o contrato anterior que es el que se somete a gravamen, se formalicen o no en el mismo documento.

Por consiguiente, y como hemos indicado anteriormente, si la distribución fuese necesaria su documentación se realizará, generalmente, en la misma escritura pública de la liberación de responsabilidad hipotecaria o ampliación de préstamo hipotecario. No obstante, en el infrecuente caso de que se documentasen las citadas operaciones en dos escrituras distintas, a efectos registrales, deberán presentarse necesariamente de forma simultánea, dado que, en caso contrario, el Registrador denegará la inscripción como consecuencia del defecto derivado de la indeterminación de la responsabilidad hipotecaria. Por esta razón, y a efectos de no generar confusiones acerca de la autonomía del negocio por parte de la Administración tributaria, sería conveniente hacerlo en la misma escritura que recoja la operación causante de la modificación de la hipoteca.

5. EL OBJETO DE GRAVAMEN Y LA MANIFESTACIÓN DE CAPACIDAD ECONÓMICA EN EL IAJD: ESPECIAL REFERENCIA A LA DISTRIBUCIÓN Y REDISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

Una vez analizados los diversos requisitos que conforman el hecho imponible de la cuota variable de los documentos notariales, vamos a estudiar las diferentes teorías existentes sobre el objeto de imposición de la citada modalidad para, a continuación, analizar la capacidad económica gravada por la misma. De esta forma, y atendiendo a la configuración descrita, la doctrina se ha planteado la disyuntiva del objeto del gravamen en esta modalidad del impuesto ¹⁸⁸, en el sentido de si se

¹⁸⁵ VILLARÍN LAGOS, M.: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 23.

¹⁸⁶ En la doctrina y respecto a la tributación como una única convención de la declaración de obra nueva y división horizontal mediante escritura compleja, *vid.* IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «La injusta tributación separada, por ITPyAJD, de la escritura compleja de declaración de obra nueva y división horizontal», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 20/2002, págs. 3 y ss. En contra y sometiéndolo a tributación, *vid.* por todas la STSJ de Castilla-La Mancha de 13 noviembre de 1997 (JT 1997/1488).

¹⁸⁷ *Vid.* CARRASQUER CLARÍ, M.L. y COLOMER FERRÁNDIZ, C.: *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Universidad Cardenal Herrera-CEU, Moncada, 2003, pág. 96.

¹⁸⁸ Respecto a las contradicciones en la jurisprudencia, *vid.* RUBIO PILARTE, I.: «Tributación por el concepto de Actos Jurídicos Documentados de las distribuciones hipotecarias», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 2, 2004, págs. 13 y ss.

grava el propio documento notarial, es decir, el soporte escrito de la operación ¹⁸⁹; o si, por el contrario, se somete a tributación el negocio jurídico que se recoge en el documento notarial ¹⁹⁰. Una primera postura sería aquella que defiende la sujeción a gravamen de la documentación de ciertos actos y negocios, tal y como se deriva de la denominación AJD, dado que en la mente del legislador siempre ha pesado la documentación solemne del acto como motivo de gravamen ¹⁹¹. En concreto, cabe recordar que, en la Exposición de Motivos de la antigua Ley del ITPAJD, se afirmaba que debía situarse en primer plano, a efectos de determinar el objeto de gravamen, el aspecto documental del acto y no el propio acto en sí ¹⁹². A mayor abundamiento, debemos señalar que el Gobierno español ha defendido esta postura ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, subrayando que el impuesto controvertido «grava, pues, el documento, no la operación en sí misma, la cual no resulta gravada» ¹⁹³.

A este respecto, TEJERIZO LÓPEZ ha afirmado que, en esta modalidad, «predomina el acto o negocio formal sobre el sustrato económico, aunque éste se tome en cuenta para medir el *quantum* del tributo», para añadir que estamos ante «el embrión de un impuesto sobre el tráfico jurídico o más concretamente sobre la registración» ¹⁹⁴. Asimismo, FALCÓN Y TELLA ha afirmado que «la cuota variable viene así a cumplir una función de cierre asegurando un mínimo de gravamen cuando no se aplican otros conceptos impositivos» ¹⁹⁵. Abundando en esta idea, el Libro Blanco para la Reforma del Sistema Tributario de 1977 señalaba que nos encontrábamos ante un impuesto no demostrativo de capacidad económica, cuya pervivencia se justificaba reconduciéndolo al marco de garantías que el Estado ofrece para proteger la seguridad jurídica de la propiedad, a través de los servicios públicos suministrados por Notarios y Registradores ¹⁹⁶. En esta línea, la STS de 24 de octubre de 2003 ¹⁹⁷ afirma que «la inscripción en los Registros Públicos otorga al titular registral un conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico concede a determinados actos en razón de la forma notarial adoptada y que constituyen –dichas especiales garantías registrales– la finalidad del gravamen de AJD, sin que esa justificación lo convierta en una tasa ¹⁹⁸ por la prestación de un servicio».

¹⁸⁹ Vid. FERRERIRO LAPATZA, J.J.: «Régimen fiscal de los préstamos sin garantía real concertados por una entidad de crédito con un empresario y formalizados en escritura pública notarial», *Crónica Tributaria*, núm. 44, 1983, págs. 35 y ss.

¹⁹⁰ CALVO ORTEGA, R.: «La tributación de la declaración de obra nueva», *Crónica Tributaria*, núm. 7, 1973, págs. 104 y 105.

¹⁹¹ IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «La cuota gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados desde una interpretación principalista», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 186, 1998, pág. 90.

¹⁹² Vid. la Exposición de Motivos de la Ley 32/1980, de 21 junio (BOE 27 junio 1980, núm. 154, págs. 14.639 y ss.).

¹⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Sala Sexta), de 5 marzo 1998 (TJCE 1998/41).

¹⁹⁴ TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: ¿Unidad de tributo o impuestos distintos?» en la obra colectiva *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 57.

¹⁹⁵ *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Iustel, Madrid, 2005, pág. 101.

¹⁹⁶ AA.VV.: *Sistema tributario español. Criterios para su reforma*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1976.

¹⁹⁷ Referencia Aranzadi RJ 2003/7844.

¹⁹⁸ Esta precisión adquiere relevancia, dado que, en el caso de configurarse como una tasa, su importe no podría superar el del coste del servicio, es decir, de la inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente.

En definitiva, podemos concluir que el legislador decidió gravar la especial protección que el ordenamiento jurídico concede a la forma y solemnidad de los documentos notariales¹⁹⁹ y de la que se beneficia el titular registral que inscribe dichos actos recogidos en los citados documentos²⁰⁰. Sin embargo, toda esta teoría decae desde el momento en que se admite, aunque sea excepcionalmente, el acceso a los Registros Públicos de determinados documentos privados con las mismas garantías, produciéndose una discriminación del documento público frente al privado²⁰¹. E incluso añadiríamos que estamos ante una economía de opción imprevisible, indeseada y de imposible corrección por parte del legislador tributario, salvo que decida transformar radicalmente el IAJD, transformándolo en un «impuesto sobre la registración»²⁰².

Para hacer efectivo el sistema de protección de la seguridad jurídica no contenciosa, debe recordarse que el coste de estas operaciones inmobiliarias está integrado no sólo por el IAJD –cuota variable– sino que al mismo se suman los aranceles notariales y registrales²⁰³. Por esta razón, podría afirmarse que la citada protección resulta doblemente sufragada por los importes tanto de la modalidad de cuota fija del IAJD como de los aranceles de los mencionados funcionarios públicos²⁰⁴, salvo que se convenga que recaen sobre objetos distintos²⁰⁵. En este último caso, cabría preguntarse si la especial protección que hemos apuntado y que deriva de la potencial inscripción registral constituye o no una verdadera manifestación de capacidad económica, dado que generalmente se han identificado como índices de la misma la renta, el patrimonio y el gasto o consumo. Sin embargo, debe destacarse que, en la actualidad, los agentes económicos, con la finalidad de evitar el coste tributario de estas operaciones, están renunciando a la fuerza ejecutiva de los instrumentos públicos para documentar ciertos negocios jurídicos²⁰⁶; bien ocultando la realización del hecho imponible bien utilizando el documento privado y obteniendo las mismas garantías que las derivadas de la formalización de la escritura pública²⁰⁷.

¹⁹⁹ Vid. nota 192 (pág. 64).

²⁰⁰ TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «Los préstamos bancarios en escritura notarial y el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados», *Crónica Tributaria*, núm. 44, 1983, págs. 156 y 157.

²⁰¹ FALCÓN Y TELLA, R.: «La incompatibilidad entre la actual regulación de AJD y el ordenamiento comunitario», *Quincena Fiscal*, núms. 14 y 15, 1997, págs. 3 y ss.

²⁰² Como ya desarrollaremos en el epígrafe núm. 6, la citada economía de opción es provocada por la interpretación que realiza del artículo 216 del RH la DGRN, excediendo del ámbito de actuación del Derecho tributario. La única posibilidad existente es modificar radicalmente el IAJD y transformarlo para extender el gravamen también a los documentos privados que se benefician de esa especial protección que se señala como capacidad económica gravada.

²⁰³ IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «La injusta tributación separada, por ITPAJD, de la escritura compleja de declaración de obra nueva y división horizontal», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi* núm. 20, 2002, pág. 5. Vid. también NAVARRO GÓMEZ, R.: *El arancel de los funcionarios públicos: un estudio de Derecho Tributario*, Tesis Doctoral inédita, Barcelona, 2002 (disponible en <http://www.tdx.cesca.es/>).

²⁰⁴ IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «La cuota gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados desde una interpretación principalista», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 186, 1998, pág. 103.

²⁰⁵ A este respecto, CALVO ORTEGA señala que los aranceles de notario y registradores gravarían la utilización de los servicios públicos notariales derivados de la formalización en documento público y los registrales derivados de la inscripción («La tributación de la declaración de obra nueva», *Crónica Tributaria*, núm. 7, 1973, pág. 109).

²⁰⁶ TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: ¿Unidad de tributo o impuestos distintos?», en la obra colectiva *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 57.

²⁰⁷ Éste es el caso del objeto de este trabajo mediante la utilización del documento privado para los supuestos de distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, dado que la citada operación mediante la formalización privada también puede ser objeto de inscripción.

En cambio, una segunda posición doctrinal sería aquella que postula que el objeto del gravamen no es propiamente el documento sino el acto o contrato documentado. En esta línea, se ha señalado que «formalmente se exige por razón de la formalización del acto o contrato, pero recae sobre la operación reflejada en el documento»²⁰⁸, dado que el objeto que se toma en consideración para su sometimiento a gravamen y posterior cuantificación²⁰⁹ no es el instrumento notarial sino el acto o contrato contenido en el mismo»²¹⁰. Por esta razón, y como ya hemos visto, se prevé la liquidación de tantas convenciones como el documento contenga, siendo indiferente a efectos de esta concreta modalidad impositiva la existencia de una única escritura o varias que recojan separada o unitariamente los actos o contratos a formalizar²¹¹, realizándose la naturaleza sustantiva y no sólo documental de esta modalidad de gravamen. No obstante, esta argumentación pierde consistencia desde el momento en que el documento privado queda fuera del hecho imponible de la cuota variable aunque recoja un acto o contrato susceptible de beneficiarse de las mismas garantías que el formalizado en escritura pública. A mayor abundamiento, y como ya hemos apuntado al analizar el hecho imponible de la cuota fija, debemos subrayar que en este caso no puede identificarse exclusivamente como manifestación de capacidad económica objetivada el especial beneficio que se obtiene por la formalización notarial, dado que, en el caso de que estuviésemos ante un impuesto sobre la expedición de documentos²¹², también deberían ser gravadas las segundas y ulteriores copias.

Por esta razón, juzgamos que el hecho imponible de la cuota variable viene integrado por un supuesto complejo en que se somete a tributación el acto o contrato siempre y cuando éste se documente²¹³ y cumpla los restantes requisitos fijados por el artículo 31.2 del TRLITPAJD. De esta forma, se pondría en primer plano de la imposición el acto o contrato como elemento prevalente del hecho imponible, relegándose la documentación a la categoría de *conditio sine qua non* de carácter complementario²¹⁴. En definitiva, nos encontraríamos ante un tributo híbrido en que no se somete a gravamen solamente el documento sino que el mismo se extiende hasta el acto en él reflejado²¹⁵, que además debe cumplir con los requisitos fijados en el artículo 31.2 del TRLITPAJD. En esta línea, la ya citada STS de 3 de noviembre de 1997²¹⁶ afirma que «el hecho imponible es, en tal caso, una

²⁰⁸ MARTÍN GONZÁLEZ, F.: «Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: Aspectos litigiosos», en la obra colectiva *Cuadernos de Derecho judicial. Aspectos sustantivos del Derecho Tributario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 199.

²⁰⁹ La doctrina ha indicado que del aspecto material del hecho imponible se derivan e, incluso, dependen los restantes elementos estructurales del tributo y, entre ellos, los de cuantificación y, fundamentalmente, la base imponible.

²¹⁰ MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L., VILLARÍN LAGOS, M. y DE PABLO VARONA, C.: *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 513.

²¹¹ El TEAC, en su Resolución de 30 de enero de 1997 (ref. Aranzadi JT 1997/232), ha señalado que, en su modalidad de cuota proporcional es «un gravamen sobre actos jurídicos documentados, no sobre documentos».

²¹² CALVO ORTEGA, R.: «La tributación de la declaración de obra nueva», *Crónica Tributaria*, núm. 7, 1973, pág. 104; MENÉNDEZ, J.: «Situaciones urbanísticas que inciden en el Impuesto sobre los Actos Jurídicos Documentados», *Hacienda Pública Española*, núm. 2, 1970, pág. 113.

²¹³ CONDE CONDE, M.: «La declaración de obra nueva y la división horizontal como actos sujetos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados», *Crónica Tributaria*, núm. 8, 1974, pág. 230.

²¹⁴ PIQUERAS BAUTISTA, J.A.: «Impuesto General sobre Actos Jurídicos Documentados. Sujeto pasivo en escritura única de agrupación y venta de fincas», *Crónica Tributaria*, núm. 16, 1976, pág. 250.

²¹⁵ MENÉNDEZ, J.: *Nueva fiscalidad de los Actos Jurídicos Documentados*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, págs. 26 y 27.

²¹⁶ Ref. Aranzadi RJ 1997/8251.

entidad compleja, constituida, entre otros elementos, por la realización de ciertos actos o contratos (en virtud de los cuales es exigible dicha modalidad de impuesto). En efecto, sin un acto jurídico, o sea, sin un acto humano, voluntario, consciente y productor de efectos jurídicos, no puede materializarse dicho gravamen tributario; por ello, en general, la no producción de efectos jurídicos de ciertos actos, que constituyen una simple ejecución de otros actos previos que ya desplegaron anteriormente su eficacia, provoca que aquéllos, a pesar de cumplir los demás requisitos del presupuesto de hecho del impuesto, queden fuera de su ámbito objetivo»²¹⁷. De este modo, podríamos concluir que resultan gravadas las manifestaciones instrumentales siempre que reflejen negocios sustantivos²¹⁸. Siguiendo esta construcción, sería lógico mantener la necesidad de realizar tantas liquidaciones como convenciones se contengan en el documento. No obstante, y como intentaremos demostrar a continuación, seguimos considerando que nos encontramos ante un gravamen aplicable a ciertos negocios jurídicos o actos puramente formales, sin que en ningún caso se pueda hablar de una verdadera manifestación de capacidad económica que no haya sido ya gravada²¹⁹ o vaya a ser objeto de gravamen.

Una vez analizado el hecho imponible de la cuota variable del IAJD y las diferentes teorías sobre el objeto del citado gravamen, procederemos a localizar la capacidad económica que es objeto de detracción. En concreto, analizaremos si efectivamente existe, en determinadas operaciones inmobiliarias y, en especial, en los supuestos de distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, una manifestación de riqueza susceptible de ser configurada como fuente de imposición. De esta forma, vamos a contrastar, a renglón seguido, los postulados de justicia tributaria y, en particular, el principio de capacidad económica, contenidos en nuestra Norma Suprema con la cuota variable del IAJD, para comprobar su ajuste a la misma. A estos efectos, el artículo 31.1 dispone que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. Del tenor del precepto podemos inferir cómo el establecimiento del deber de contribuir se hace con arreglo a determinados principios constitucionales de justicia tributaria²²⁰. Asimismo, se desprende que la efectividad de la misma pasa por el establecimiento de un sistema tributario que se erija en instrumento para la obtención de ingresos suficientes con los que sufragar los gastos públicos. Sin embargo, no conviene olvidar que esa detracción patrimonial deberá impregnarse del valor de justicia presente en todo el ordenamiento²²¹.

²¹⁷ A continuación, el TS añade que «junto a esa mencionada naturaleza de acto jurídico, deben comprenderse, como otros elementos necesarios para la sujeción impositiva, primero, el tener por objeto cantidad o cosa valuable, segundo, el no encontrarse sujetos a las modalidades de TPO y OS del ITPAJD, ni al ISD, tercero, el formalizarse en documento notarial consistente en escritura o acta, y, cuarto, resultar inscribible en los Registros de la Propiedad, Mercantil o de la Propiedad Industrial».

²¹⁸ MENÉNDEZ, J.: «Segregaciones, agrupaciones de fincas y declaraciones de obra nueva ante el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados», *Crónica Tributaria*, núm. 3, 1972, pág. 202.

²¹⁹ CALVO ORTEGA, R.: «La tributación de la declaración de obra nueva», *Crónica Tributaria*, núm. 7, 1973, págs. 109 y 110; IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «La cuota gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados desde una interpretación principialista», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 186, 1998, pág. 88.

²²⁰ Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 182/1997, de 28 de octubre (FJ 6). En el mismo sentido, vid. entre otras, las SSTC 27/1981, de 20 de julio (FJ 4), 37/1987, de 26 de marzo (FJ 13), 221/1992, de 11 de diciembre (FJ 4), 134/1996, de 22 de julio (FJ 6), y 173/1996, de 31 de octubre (FJ 3). Vid. también CORTÉS DOMÍNGUEZ, M. y DELGADO MARTÍN, J.M.: *Ordenamiento tributario...*, cit., págs. 97 a 100.

²²¹ ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: «Artículo 31...», cit., pág. 425.

En definitiva, cabe afirmar que la CE ha querido fijar aquellos criterios de justicia vinculantes para el legislador en la creación de los tributos, y entre ellos se encuentra el principio de capacidad económica ²²². Abundando en esta idea, el TC, en la Sentencia 182/1997, de 28 de octubre, ha ido más allá al afirmar que correlativo al deber de contribuir es el derecho a que el citado deber sea configurado en cada caso por el legislador según la capacidad económica. No obstante, debemos señalar que el citado Tribunal también ha indicado en la citada sentencia que la Constitución conecta el citado deber con el criterio de la capacidad económica y lo relaciona, a su vez, claramente, no con cualquier figura tributaria en particular, sino con el conjunto del sistema tributario. Frente a una pretendida discrecionalidad ilimitada en la configuración del sistema tributario, la doctrina ha destacado cómo el principio de capacidad económica se erige en límite para el legislador a la hora de fijar el presupuesto, el parámetro y el límite máximo de la contribución al sostenimiento de los gastos públicos ²²³. A mayor abundamiento, y pese al planteamiento del TC, juzgamos que la presencia de capacidad económica debe darse en todas las figuras tributarias y, en mayor medida, en los impuestos ²²⁴. De esta forma, cabe apuntar que el citado principio presenta dos vertientes: fuente o sustrato de la imposición y criterio para la contribución de los gastos públicos ²²⁵. No obstante y respecto a las citadas vertientes, debemos precisar que, en este trabajo, únicamente nos interesa la primera, dado que enjuicamos la procedencia del gravamen, prescindiendo de su cuantificación.

Siguiendo a CASADO OLLERO, juzgamos que la capacidad económica debe ser entendida como «la titularidad de una riqueza o la obtención de un beneficio, siendo el contenido jurídicamente necesario la fuerza o potencialidad económica del sujeto pasivo» ²²⁶. De este modo, difícilmente puede exigirse un tributo si el contribuyente no ostenta una mínima riqueza, de donde realizar la detración coactiva. Esta vertiente del principio de capacidad económica se erige en presupuesto lógico que vincula al legislador en el ejercicio del poder tributario ²²⁷, tal y como ha señalado el TC, en su expresión de «exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra» ²²⁸.

²²² Respecto al pretendido agotamiento del contenido de la Justicia tributaria por dicho principio, *vid.* las SSTC 27/1981, de 20 de julio (FJ 4) y 221/1992, de 11 de diciembre (FJ 4). Esta última señala que la capacidad económica «no asegura, por sí sola, un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad» ha originado múltiples polémicas doctrinales, que se han saldado con la constatación de la existencia de otros principios y criterios que contribuyen a su efectividad (MARTÍN DELGADO, J.M.: «El control constitucional...», cit., pág. 1.577). En este sentido, no representa más que uno de los principios rectores del sistema tributario, junto a los de generalidad, igualdad y progresividad [en la jurisprudencia destaca la STC 27/1981, de 20 de julio. *Vid.* también la STC 54/1993, de 15 de febrero (FJ 1)], destacando el carácter instrumental de todos ellos para la efectiva consecución de la Justicia (*vid.* MARTÍNEZ LAGO, M.A.: «Los fines no fiscales de la imposición y la prohibición de confiscatoriedad», *GF*, núm. 81, 1990, pág. 138. *Vid.* también ALGUACIL MARÍ, P.: «La capacidad económica...», cit., pág. 590).

²²³ MARONGIU, G.: «Il principio di capacità...», cit., pág. 8; MOSCHETTI, F.: «Profili generali», cit., pág. 10.

²²⁴ HERRERA MOLINA, P.M.: *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*, Marcial Pons, 1998, págs. 505 y ss.

²²⁵ Esta distinción es recogida, entre otros, por ALGUACIL MARÍ, P.: «La capacidad económica...», cit., págs. 584 y 585; CASADO OLLERO, G.: «El principio de capacidad...», cit., pág. 190; MOSCHETTI, F.: «Profili generali», cit., pág. 8.

²²⁶ «El principio de capacidad...», cit., pág. 191.

²²⁷ STC 221/1992, de 11 de diciembre (FJ 4). En la doctrina, *vid.* MARTÍN DELGADO, J.M.: «El control constitucional...», cit., págs. 1578 y 1579.

²²⁸ *Vid.* las SSTC 27/1981, de 20 de julio (FJ 4), 150/1990, de 4 de octubre (FJ 9), y 221/1992, de 11 de diciembre (FJ 4).

Con relación a esta cuestión, se ha planteado un conflicto acerca de qué riqueza debía ser objeto de gravamen: sólo la efectiva o también la potencial. En este punto, han chocado doctrina y jurisprudencia, ya que la primera sólo se muestra partidaria de la tributación de las manifestaciones reales y efectivas de riqueza ²²⁹; en cambio, el TC ha abogado por someter también capacidades meramente potenciales, cuando se persigan determinados fines de política económica ²³⁰. Por esta razón, cabe afirmar que la inserción de desviaciones con respecto al principio de capacidad económica como criterio de contribución debe obedecer a la existencia de otros valores constitucionales que requieran un sacrificio de las exigencias del primero para conseguir la satisfacción de estos últimos. Sin embargo, descartamos que las justificaciones recaudatorias puedan y deban comportar el sacrificio de una tributación acorde con la capacidad económica realmente manifestada.

Realizado el planteamiento abstracto del principio en cuestión, nos serviremos de esta interpretación principalista ²³¹, cuya validez queda fuera de duda, para constatar la presencia o ausencia de capacidad económica en determinadas operaciones inmobiliarias y, en particular, en los supuestos de distribución y redistribución de responsabilidad hipotecaria. A estos efectos, cabe señalar que la mayoría de la doctrina ha puesto en duda la adecuación al principio de capacidad económica de esta modalidad de gravamen ²³². En concreto, NEUMARK ha afirmado que la relación del IAJD con la capacidad contributiva del obligado a su pago es extraordinariamente problemática y, en todo caso, altamente tenue e incorrecta, añadiendo que, de hecho, el único fundamento perceptible para estos gravámenes es de naturaleza puramente fiscal ²³³. Esta afirmación encuentra su razón de ser, a nuestro juicio, en la separación por parte del impuesto objeto de estudio de los tradicionales índices de capacidad económica –posesión de un patrimonio, circulación de los bienes o la adquisición o gasto de la renta– para gravar la especial protección que el ordenamiento jurídico concede a la forma y solemnidad de los documentos notariales, y de la que se beneficia el titular registral al poder inscribir dichos actos o contratos documentados en un Registro Público, sin perjuicio de su efectiva inscripción. Por esta razón y ante el coste tributario de la formalización pública de determinadas operaciones inmobiliarias, algunas de éstas vienen realizándose en documento privado para evitar el tributo objeto de estudio, entorpeciendo así el tráfico jurídico y desvaneciéndose la anhelada seguridad en el mismo.

²²⁹ ALGUACIL MARÍ, P.: «La capacidad económica...», cit., pág. 622. Vid. la STC 194/2000, de 19 de julio (FJ 8).

²³⁰ SSTC 37/1987, de 26 de marzo (FJ 13), 221/1992, de 11 de diciembre (FJ 4), 186/1993, de 7 de junio (FJ 4), y 14/1998, de 22 de enero (FJ 11). Vid. la matización que realiza MARTÍN DELGADO, J.M.: «El control constitucional...», cit., págs. 1.598 a 1.607.

²³¹ Vid. CALVO ORTEGA, R.: «La tributación de la declaración de obra nueva», *Crónica Tributaria*, núm. 7, 1973, págs. 109 y 110.

²³² Vid. por todos VILLARÍN LAGOS, M.: *La Tributación de los Documentos Notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Madrid, 1997, págs. 27 y 60. Esta autora señala la dificultad de «encontrar un objeto imponible susceptible de comprender a todos los supuestos sobre los que recae el gravamen, ya que éstos obedecen a características muy heterogéneas difícilmente reconducibles a un único objeto imponible, lo cual implica a su vez la indeterminación de la manifestación de capacidad contributiva que se pretende gravar».

²³³ NEUMARK, F.: *Principios de la imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974. Recopilando las diferentes teorías, vid. PALAO TABOADA, C.: «El Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados a examen», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 4, 1992, págs. 173 y ss.

En este sentido, podemos constatar, junto al supuesto de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, la existencia de multitud de operaciones inmobiliarias en las que no tiene lugar un desplazamiento patrimonial y que quedan sujetas a AJD: declaración de obra nueva, segregación y agrupación de fincas, división propiedad horizontal, etc.²³⁴ Estos negocios constituyen ejemplos flagrantes de situaciones no indicativas de capacidad económica, pero que generalmente son necesarias para poner a la venta los inmuebles resultado de la construcción y promoción inmobiliaria. Como ya hemos indicado, FALCÓN Y TELLA ha señalado que «la cuota variable viene así a cumplir una función de cierre asegurando un mínimo de gravamen cuando no se aplican otros conceptos impositivos»²³⁵. En cambio, como ya hemos apuntado, nuestros Tribunales y, en particular, nuestro TS en su Sentencia de 24 de octubre de 2003²³⁶, han intentado conectar la capacidad económica sujeta a gravamen en este impuesto, prescindiendo de los tradicionales índices de capacidad económica, a que «la inscripción en los Registros Públicos otorga al titular registral un conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico concede a determinados actos en razón de la forma notarial adoptada y que constituyen –dichas especiales garantías registrales– la finalidad del gravamen de AJD, sin que esa justificación lo convierta en una tasa por la prestación de un servicio». A renglón seguido, sostiene que «la edificación, los préstamos otorgados para financiarla y su distribución entre los pisos y locales, como el otorgamiento de las escrituras y su inscripción registral forman parte del tráfico jurídico inmobiliario, cuya seguridad beneficia a todos y especialmente a cuantos intervienen en él, participando en la riqueza que produce». Frente a esta afirmación, debemos subrayar que la citada riqueza, prescindiendo de la seguridad apuntada, ya está gravada por otras figuras tributarias como consecuencia bien de su transmisión²³⁷ bien del beneficio obtenido²³⁸.

Pasando ahora a analizar el negocio jurídico de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria mediante escritura pública vamos a intentar detectar, reconstruyendo el *iter* notarial, registral y fiscal, la capacidad económica sometida a gravamen en el IAJD y contrastarla con el planteamiento jurisprudencial citado. En primer lugar, cabe señalar que la opción por la escritura pública determina la intervención del Notario, en su condición de fedatario público, y el empleo de papel timbrado. La citada actuación no está gravada por la cuota variable del IAJD sino que determina la obligación de pago de los correspondientes aranceles notariales²³⁹ tanto por la dación de fe como por el control de legalidad en la propia elaboración notarial del Derecho plasmada en la confección del instrumento público e, incluso, por el asesoramiento técnico-jurídico y

²³⁴ COLOMER FERRÁNDIZ, C. y CARRASQUER CLARÍ, M.L.: *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Fundación Universitaria San Pablo-CEU, 2003, pág. 156.

²³⁵ *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Iustel, Madrid, 2005, pág. 101.

²³⁶ Ref. Aranzadi (RJ 2003, 7844).

²³⁷ La STS de 21 de junio de 1991 (ref. Aranzadi RJ 1991/4976) dispone, refiriéndose a TPO y AJD, que son dos tributos distintos que incluso pueden gravar un mismo negocio jurídico, dado que uno de ellos grava el hecho de la transmisión y el otro grava su vestidura documental.

²³⁸ Impuesto sobre el Valor Añadido, Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, etc.

²³⁹ Vid. los artículos 45 de la Ley Orgánica del Notariado, de 28 de mayo de 1962, y 63 del Reglamento Notarial aprobado por el Decreto de 2 de junio de 1944. En concreto, el artículo 63.1 del citado Reglamento establece que «la retribución de los notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios por el arancel notarial», disponiéndose en su párrafo segundo que será el Gobierno el que lo apruebe mediante Decreto, a propuesta del Ministerio de Justicia, «previo informe de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales y con audiencia de la Comisión Permanente del Consejo de Estado». En la actualidad, está vigente el Arancel de 1989, aprobado por el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre.

de consejo humano ²⁴⁰. Asimismo, y como ya hemos apuntado, el empleo del papel timbrado determina el gravamen por la cuota fija del IAJD –tributo documental– en función de los pliegos o folios que contenga la escritura. En segundo lugar, y a mitad de camino entre estos conceptos indicados y la intervención del Registrador, se devenga la cuota variable del IAJD al cumplirse todos los requisitos establecidos en el ya manido artículo 31.2 del Texto Refundido. En tercer y último lugar, se produce, en caso de solicitud de inscripción registral, la intervención del Registrador de la Propiedad que también conlleva el pago del arancel correspondiente por los asientos a realizar ²⁴¹. En concreto, el artículo 334 de la LH establece que «los registradores cobrarán los honorarios ²⁴² de los asientos que hagan en los libros y de las certificaciones que expidan, con sujeción estricta al arancel que acompaña a esta ley». Respecto a los citados aranceles y al margen de constituir uno de los ejemplos paradigmáticos de parafiscalidad ²⁴³, NAVARRO GÓMEZ considera que estamos ante una prestación patrimonial pública que podría reconducirse a la categoría de tributo y, concretamente, de tasa debido a su similitud ²⁴⁴.

Ahora bien, después de las precisiones efectuadas, cabe plantearse cuál es la manifestación de capacidad económica gravada por la cuota variable del IAJD en la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria que justifica su existencia. Porque como ya hemos apuntado, debemos recordar que las citadas figuras, junto a otras operaciones inmobiliarias, no conllevan desplazamiento patrimonial alguno y, por tanto, no pueden considerarse una manifestación de capacidad económica en cuanto no suponen ni un consumo ni la obtención de una renta ²⁴⁵. En este sentido, y siguiendo el planteamiento del TSJ de Castilla-La Mancha, si el IAJD es un impuesto, su hecho imponible habrá de responder a la concepción del mismo y, por tanto, deberá estar constituido por negocios, actos o hechos que pongan de manifiesto la capacidad económica del contribuyente ²⁴⁶. El citado Tribunal afirma que «una concepción estrictamente formal del impuesto llevaría al gravamen repetido de una misma riqueza y una misma capacidad contributiva sobre la mera idea de que el hecho imponible es el otorgamiento de una escritura que haga alusión a un objeto valorable, aunque no añada ningún valor al mismo y aunque aquel valor ya haya sido tomado como base de cálculo de una liquidación anterior» ²⁴⁷. Planteamiento este último que, precisamente, sostiene el

²⁴⁰ Vid. NAVARRO GÓMEZ, R.: *El arancel de los funcionarios públicos: un estudio de Derecho Tributario*, Tesis Doctoral inédita, Barcelona, 2002, pág. 78 (disponible en <http://www.tdx.cesca.es/>).

²⁴¹ El artículo 274 de la LH establece que «los registradores percibirán los honorarios que establezcan en su arancel, que aprobará el Ministerio de Justicia, y costearán los gastos necesarios para el funcionamiento y conservación de los Registros». Al amparo de la habilitación concedida por este artículo, el Gobierno aprobó dos aranceles registrales que precedieron al actual arancel de 1989, aprobado por el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre; el Arancel de 1951, aprobado por Decreto de 8 de julio de 1989, 17 de noviembre de 1951, y el Arancel de 1971, aprobado por el Decreto 3234/1971, de 23 de diciembre.

²⁴² El artículo 312 de la LH dispone que «los registradores percibirán los honorarios que se establezcan por esta ley y costearán los gastos necesarios para conservar y llevar los registros».

²⁴³ Vid. la obra de MATEO RODRÍGUEZ, L.: *La tributación parafiscal*, Colegio Universitario de León, León, 1978.

²⁴⁴ NAVARRO GÓMEZ, R.: *El arancel de los funcionarios públicos: un estudio de Derecho Tributario*, Tesis Doctoral inédita, Barcelona, 2002, págs. 286 y ss. (disponible en <http://www.tdx.cesca.es/>). El citado autor señala la vulneración del artículo 31.3 de nuestra Constitución y, concretamente, del principio de reserva de ley por esta figura en la actualidad.

²⁴⁵ HERRERA MOLINA, P.M.: *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*, Marcial Pons, 1998, págs. 505 y ss.

²⁴⁶ El artículo 2.2 c) de la nueva LGT establece que «impuestos son los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente».

²⁴⁷ Vid. la STSJ Castilla-La Mancha, de 16 febrero 1998 (ref. Aranzadi JT 1998/382).

TSJ de La Rioja que ha manifestado, negando la ausencia de capacidad económica, que «no se grava la capacidad contributiva sino un nuevo acto inscribible y que tiene por objeto una cosa valuable, y que además tal y como argumenta el TEAR el objeto sobre el que recae la hipoteca ha cambiado (de parcela a pisos y locales en régimen de propiedad horizontal) y la cantidad de que responde cada uno de los referidos elementos que va a ser determinante en la posterior enajenación de los mismos que es el fin que persigue la parte demandante»²⁴⁸.

Llegados a este punto, debemos destacar que, si bien es cierto que estamos convencidos de la concurrencia de todos los requisitos que fija el artículo 31.2 del TRLITPAJD en los supuestos de distribución voluntaria anteriormente apuntados, no podemos localizar ninguna manifestación de capacidad económica que justifique el IAJD. Al parecer el legislador tributario²⁴⁹, tal y como ha señalado reiteradamente nuestro TS, ha querido someter a tributación la formalización de un acto o contrato con contenido valuable en instrumento notarial y la susceptibilidad de su inscripción en un registro público, localizando aquí el índice demostrativo de capacidad económica y configurándolo como presupuesto de hecho del IAJD²⁵⁰. En particular, se afirma que la concreta manifestación de capacidad económica es la especial protección que el ordenamiento jurídico concede a la forma y solemnidad de los documentos notariales (ya gravada por la cuota fija del IAJD y por los aranceles notariales) y de la que se beneficia el titular registral al poder inscribir dichos actos o contratos documentados en un Registro Público, sin perjuicio de su efectiva inscripción. Éste sería el cuarto concepto –junto a la cuota fija y los aranceles del Notario y del Registrador– que determinaría una obligación del pago para aquel agente económico que realizase, mediante escritura pública, alguna de las citadas operaciones inmobiliarias que hemos señalado.

En definitiva, cabría objetar que si, efectivamente ésta es la capacidad económica gravada, no tendría sentido la cuantificación que de la deuda tributaria se realiza, por ejemplo, en los supuestos de distribución o redistribución de la responsabilidad hipotecaria tras la ampliación de un préstamo hipotecario. En concreto, en estos supuestos, a la hora de determinar la base imponible, se toma *ex* artículo 30 del TRLITPAJD²⁵¹ la total responsabilidad hipotecaria²⁵², a diferencia de la ampliación del préstamo²⁵³, desdeñando el hecho de que parte de la misma –cuantía inicial garantizada– haya

²⁴⁸ Vid. la STSJ de La Rioja de 5 julio de 2001 (ref. Aranzadi JUR 2001/250710).

²⁴⁹ Vid. nota 192 (pág. 64).

²⁵⁰ IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «La cuota gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados desde una interpretación principalista», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 186, 1998, pág. 98.

²⁵¹ El artículo 30.1 del TRLITPAJD establece que «en las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable 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».

²⁵² Vid. las contestaciones a Consulta núms. 1366/2000, de 3 de julio (ref. Aranzadi JUR 2001/218143), 1785/2002, de 21 noviembre (ref. Aranzadi JUR 2003/48201), 1858/2002, de 27 de noviembre (ref. Aranzadi JUR 2003/48274) y 1925/2002, de 11 de diciembre (ref. Aranzadi JUR 2003/48341).

²⁵³ Vid. las Resoluciones de la DGT de 13 de diciembre de 2003 (ref. Aranzadi JUR 2003/48361), de 29 de noviembre de 2002 (ref. Aranzadi JUR 2003/48282), de 27 de noviembre de 2003 (ref. Aranzadi JUR 2003/48274), de 21 de noviembre de 2002 (ref. Aranzadi JUR 2003/48201), de 21 de septiembre de 2001 (ref. Aranzadi JUR 2002/120727) y de 3 de julio de 2000 (ref. Aranzadi JUR 2001/218143).

tributado ya por la cuota variable del IAJD y se haya beneficiado ya de esa especial protección ²⁵⁴. A este respecto, el TSJ de Cataluña ha afirmado, haciendo referencia a la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, que, a efectos de la base imponible, «no se trata de liquidar el valor de la operación en sí para captar la capacidad contributiva que demuestra la realización de la operación, sino el parámetro que su valor representa para la tributación de su documentación en atención a la obtención de la fe pública que se extiende a toda la operación». Para añadir posteriormente que «la fe pública que obtiene afecta a la totalidad del documento y a todo su contenido, lo que no implica que se produzca una doble imposición sobre la operación en sí, sino sobre su documentación –como ya se ha indicado–, pero en momentos distintos y respecto a documentos distintos e independientes plenamente eficaces, sobre los que se ha obtenido la fe pública registral en cada caso» ²⁵⁵. A estos efectos, juzgamos que sobre la cuantía inicialmente garantizada se produciría un fenómeno de doble imposición respecto a la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria ²⁵⁶ al gravarse la especial protección de la que se beneficia el titular registral sobre la total responsabilidad hipotecaria aunque parte de ella haya sido ya distribuida con motivo de la constitución ²⁵⁷. En consecuencia, se produce una quiebra entre el criterio de determinación de la base imponible configurado normativamente y la capacidad económica –especial protección del titular registral– gravada.

Tal y como hemos ya afirmado, en «la opción por una u otra interpretación acerca del significado del requisito de la valuabilidad subyace la consideración de que se parta respecto al objeto del gravamen. Así, cuando se considera que el objeto del tributo es el documento notarial en su vertiente formal y la capacidad económica que se pretende gravar es la especial protección que el ordenamiento dispensa a este tipo de formalización se suele identificar el término "objeto" de la descripción del requisito de la valuabilidad con la cosa, bien o derecho a la que se refiere el acto o contrato formalizado notarialmente ²⁵⁸. Por el contrario, cuando se parte de la idea de que el verdadero objeto del tributo es el acto o contrato en cuanto tal, como, por otra parte, señala expresamente el propio artículo 31.2 del TRLITPAJD se requiere que la valuabilidad sea una cualidad del contenido, del efecto jurídico directo producido por el acto o contrato ²⁵⁹, no bastando, para entender realizado el hecho imponible con que el acto o contrato verse sobre cosa valuable» ²⁶⁰.

²⁵⁴ RUBIO PILARTE, I.: «Tributación por el concepto de Actos Jurídicos Documentados de las distribuciones hipotecarias», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 2, 2004, págs. 13 y ss.

²⁵⁵ STSJ de Cataluña de 29 septiembre de 2001 (ref. Aranzadi JUR 2002/13713).

²⁵⁶ FALCÓN Y TELLA, R.: «La incompatibilidad entre la actual regulación de AJD y el ordenamiento comunitario», *Quincena Fiscal*, núms. 14 y 15, 1997, págs. 3 y ss.

²⁵⁷ No obstante, debemos señalar que, como vimos en el epígrafe 4, la DGT parece estar matizando este criterio al considerar que la ampliación de préstamo hipotecario cuando la hipoteca está inicialmente distribuida no genera un nuevo hecho imponible consistente en distribución por considerar implícitamente que el préstamo ha quedado dividido como consecuencia de la distribución inicial.

²⁵⁸ Vid. la nota 158 (pág. 58).

²⁵⁹ MENÉNDEZ señala que documentos que tienen por objeto directo cantidad son aquellos en que una de las prestaciones inmediatas del acto jurídico es el dinero (préstamos, depósitos, etc.) y los que tienen por objeto directo cosa valuable pueden ser cualesquiera otros contratos en que la prestación en especie o en una cosa determinada pueda traducirse en un valor en metálico («Segregaciones, agrupaciones de fincas y declaraciones de obra nueva ante el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados», *Crónica Tributaria*, núm. 3, 1972, págs. 204 y 205).

²⁶⁰ MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L., VILLARÍN LAGOS, M. y DE PABLO VARONA, C.: *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 522 y 523.

En suma, juzgamos que las operaciones citadas –distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria y resto de operaciones inmobiliarias apuntadas anteriormente– no revelan capacidad económica alguna, gravándose exclusivamente por su solemnidad y con manifiesta ausencia de exteriorización de riqueza alguna que pueda justificar la imposición ²⁶¹. A este respecto, el TS ha señalado, en su Sentencia de 18 de febrero de 2002 ²⁶², que «el devengo del IAJD exigía un aumento, disminución, desplazamiento o modificación de un patrimonio, que fuera traducible en una cantidad que entrañase, precisamente, una cifra cognoscible y tasable». En los supuestos de distribución y redistribución –sea necesaria o voluntaria– se constata una manifiesta ausencia de desplazamiento patrimonial y de manifestación y obtención de riqueza, e, incluso, no podemos indicar supuesto alguno de modificación patrimonial, dado que los mismos se derivan, en todo caso, de los supuestos de división de propiedad horizontal, segregación, agrupación, etc. De esta forma, una distribución de la responsabilidad hipotecaria en sí misma no implica manifestación alguna de capacidad económica, dado que no supone en ningún caso incremento de la responsabilidad hipotecaria. Respecto al requisito de la valuabilidad, que frecuentemente ha sido conectado con la capacidad económica, creemos que nos encontramos ante un supuesto diferente a los de cambio de denominación de acciones –del portador a nominativas– y de corrección de cuotas de participación, dado que como ya hemos indicado en los casos de responsabilidad hipotecaria sí que se da, a nuestro juicio, el requisito de la cosa valuable ²⁶³. Sin embargo, esto no es suficiente para entrever una manifestación de capacidad económica, ya que no juzgamos que la manida especial protección pueda considerarse un índice de capacidad económica. Además, cabe subrayar que ésta no es brindada por el documento público sino únicamente por la inscripción en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de que en la mayoría de los casos sólo tengan acceso los documentos públicos y, entre ellos, los notariales.

No obstante, podría pensarse que la cuota variable del IAJD cumple una finalidad extrafiscal que pueda justificar la existencia del tributo. En este sentido, el TS ha señalado que los tributos con fines no fiscales son «instrumentos de la actividad administrativa de fomento, con un contenido económico y signo negativo, para evitar o al menos obstaculizar indirecta o sesgadamente, sin el uso de la coacción, determinadas conductas no convenientes o inadecuadas respecto al interés general, y en tal sentido actúan como factores de disuasión» ²⁶⁴. En consecuencia, juzgamos que debe desecharse como citada finalidad la especial protección que brinda el ordenamiento al titular registral, dado que la misma únicamente se origina por la efectiva inscripción en el Registro de la Propiedad. A mayor abundamiento, consideramos que la citada protección ya ha originado la obligación de pago de la cuota fija del IAJD así como de los aranceles de Notario y Registrador correspondientes ²⁶⁵. En esta línea, algunos autores no sólo han rechazado la citada finalidad extrafiscal sino que han afirmado que «prácticamente todos los gravámenes de esta clase producen efectos negativos desde el

²⁶¹ Vid. la STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2002 (JT 2002/460). FALCÓN Y TELLA, R.: «La distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado: una alternativa legal para eludir un gravamen imprecendente», *Quincena Fiscal*, núm. 16, 2004, págs. 3 y ss.

²⁶² Ref. Aranzadi RJ 2002/1354.

²⁶³ RUBIO PILARTE, I.: «Tributación por el concepto de Actos Jurídicos Documentados de las distribuciones hipotecarias», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 2, 2004, págs. 13 y ss.

²⁶⁴ Vid. las SSTs de 19 de septiembre de 1988 (ref. Aranzadi RJ 1988/7194) y de 2 de marzo de 1996 (ref. Aranzadi RJ 1996/2088).

²⁶⁵ IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «La cuota gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados desde una interpretación principalista», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 186, 1998, pág. 89.

punto de vista económico y se hallan con frecuencia en abierta contradicción con metas de política económica que se tratan de alcanzar por medio de otras medidas fiscales»²⁶⁶ e, incluso, que provocan «graves distorsiones en la circulación de bienes y en los mercados de capitales»²⁶⁷, abogando por su supresión. Abundando en la idea del carácter extrafiscal de este impuesto, algunos autores han apuntado que el mismo cumpliría una función de control, si bien esta afirmación puede ser cierta respecto a la modalidad de TPO pierde peso en cuanto a la modalidad de AJD dado que la capacidad económica gravada no implica gasto, patrimonio o renta del que no se tenga o se vaya a tener constancia mediante tributos ya existentes.

En consecuencia, y tal y como han indicado algunos autores, este gravamen puede, además de vulnerar el principio de capacidad económica, ser contrario a otros fines constitucionales al entorpecer el tráfico jurídico²⁶⁸ y obligar al constructor a repercutir vía precio el coste fiscal de todas estas operaciones inmobiliarias sujetas a AJD o a evitar la utilización del documento público. En este último caso, podría pensarse que las partes están perdiendo la fuerza ejecutiva de los instrumentos jurídico-públicos en que se documentan estos negocios jurídicos inmobiliarios²⁶⁹; argumento que decae desde el momento en que se admite la inscripción en el Registro de documentos privados²⁷⁰. Por este motivo y como intentaremos demostrar, esta construcción de la protección de la seguridad jurídica se desmorona por completo desde el momento en que el documento privado puede acceder a las mismas garantías sin ser sometido a tributación. Razón por la cual creemos que se produce una vulneración de los principios de capacidad económica y de igualdad *ex* artículo 31.1 de nuestra Constitución, dado que la misma manifestación de capacidad económica conlleva tratamientos tributarios diferenciados en virtud del tipo de documento –público o privado– sin que exista una justificación objetiva y razonable. En este sentido, y tal y como ha señalado el TC, «la igualdad ante la ley –ante la Ley Tributaria, en ese caso– resulta, pues, indisociable de los principios (generalidad, capacidad, justicia y progresividad, en lo que ahora importa) que se enuncian en el último precepto constitucional citado. En la misma línea, hemos destacado que «la igualdad que se reclama en el artículo 31 de la CE va íntimamente enlazada al concepto de capacidad económica y al principio de progresividad»²⁷¹.

²⁶⁶ NEUMARK, F.: *Principios de la imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974.

²⁶⁷ PALAO TABOADA, C.: «El Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados a examen», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 4, 1992, págs. 171 y ss.

²⁶⁸ TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: ¿Unidad de tributo o impuestos distintos?», en la obra colectiva *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 57.

²⁶⁹ Véase nota anterior.

²⁷⁰ No obstante, algunas entidades financieras se muestran reacias a la instrumentación mediante documento privado de la distribución de la responsabilidad hipotecaria por considerar que esta opción puede conllevar problemas en materia de ejecución hipotecaria. En particular, señalan que el artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que el precio en el que los interesados tasan la finca hipotecada figure en la «escritura de constitución». Sin embargo, nosotros juzgamos que dicho precepto debe ser interpretado en el sentido de que para proceder a la ejecución hipotecaria es necesario que se haya fijado convencionalmente el valor de tasación del bien y que éste figure en la inscripción. Obviamente para ello será necesario que dicho valor se establezca en el título constitutivo, pero no hay ningún obstáculo para que aparezca privado que subsana o complementa el citado título.

²⁷¹ *Vid.* la STC 134/1996, de 22 de julio.

En este orden de ideas y siguiendo la doctrina del TC ²⁷², cabe señalar que si bien el legislador goza de un amplio margen de libertad en la configuración de los diferentes tributos que integran nuestro sistema tributario, en ocasiones, las soluciones arbitradas no siempre son las más correctas técnicamente. A mayor abundamiento, podemos señalar que, incluso, pueden sobrepasar los citados márgenes de libertad que se derivan de los principios en materia tributaria contenidos en el artículo 31.1 de nuestra Constitución. Es doctrina reiterada del TC que la igualdad ante o en la ley impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación ²⁷³. Por último, cabe recordar que la recepción constitucional del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según la capacidad económica de cada contribuyente configura un mandato que vincula también a los poderes públicos ²⁷⁴ que están obligados, en principio, a exigir esa contribución a todos los contribuyentes cuya situación ponga de manifiesto una capacidad económica susceptible de ser sometida a tributación. Se trata, a fin de cuentas, de la igualdad de todos ante una exigencia constitucional –el deber de contribuir o la solidaridad en el levantamiento de las cargas públicas– que implica una exigencia directa al legislador, obligado a buscar la riqueza allá donde se encuentre ²⁷⁵.

En el caso de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria y realizando un paralelismo con la doctrina del TC, la no aplicación del IAJD a los documentos privados y, por lo tanto, el diferente régimen tributario de unas y otras formalizaciones, no puede explicarse de modo alguno puesto que una y otra recogen las mismas realidades y comportan las mismas garantías, sin beneficio alguno adicional más que el ahorro fiscal. En definitiva, al mismo supuesto de hecho en función de la formalización le corresponde pues diferente régimen jurídico fiscal ²⁷⁶. *A fortiori* y siguiendo el planteamiento de la STC 46/2000, esta configuración técnica conduce, no en un caso aislado, sino en una generalidad indeterminada, a un resultado pernicioso, vulnerándose el principio de igualdad tributaria en términos de capacidad económica reconocido constitucionalmente en el artículo 31.1 de la CE. No obstante, el TC ha señalado que «hay que hacer notar, además, que los alegatos de discriminación se apoyan en circunstancias ajenas a las normas; es decir, la discriminación nace, no de lo que la norma dice, sino del hecho de no contener previsiones específicas, por lo que tan sólo podría corregirse si ella misma incorporara previsiones que hoy no contiene. Como quiera, no obstante, que sólo cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y éste no lo hace le es exigible un tal pronunciamiento, no parece que quepa admitir que la inconstitucionalidad pueda fundarse en la omisión de previsiones en la norma» ²⁷⁷. En definitiva, juzgamos que los principios de generalidad, capacidad económica e igualdad no se

²⁷² Vid. los Fundamentos Jurídicos 6 y 7 de la STC 46/2000, de 17 de febrero.

²⁷³ Vid. las SSTC 3/1983, 6/1984, 209/1988, 76/1990, 214/1994, 9/1995, 164/1995, 134/1996, 117/1998, 46/1999.

²⁷⁴ STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 3).

²⁷⁵ SSTC 27/1981, de 20 de julio (FJ 4), 150/1990, de 4 de octubre (FJ 9), 221/1992, de 11 de diciembre (FJ 4) y 233/1999, de 16 de diciembre (FJ 14).

²⁷⁶ STC 194/2000, de 19 de julio.

²⁷⁷ Véase nota anterior.

respetan al no preverse el mismo tratamiento para las diferentes posibilidades de documentación de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria y excluirse de gravamen la misma en el caso de utilización de instancia privada.

En este orden de ideas, se plantea la problemática de la sujeción al AJD de los documentos privados, incluso en aquellas ocasiones en que se produce su acceso al registro. En estos casos, cabe afirmar la no sujeción de estos documentos a AJD, dado que no se realiza el hecho imponible del impuesto, al no tratarse de documentos notariales (primeras copias de escrituras y actas notariales). Hasta la fecha, la Hacienda Pública siempre ha luchado contra el fraude, conseguido a través de las formalizaciones en documento privado, destacando, entre otras medidas, la «negación de eficacia a los documentos privados en tanto no se liquide el impuesto, de ahí la obligación exigida a todos los Tribunales, Oficinas, Registros Públicos, etc., de no reconocer efecto alguno, ni dar curso a las demandas, acciones, peticiones, etc. en tanto que no se pague el impuesto»²⁷⁸. Paradójicamente, en este caso el documento privado resulta favorecido frente a las escrituras públicas beneficiándose de las mismas garantías registrales que los citados documentos notariales, pese a la opacidad y falta de fehaciencia de los primeros²⁷⁹ frente a aquéllas. De esta forma y en determinados supuestos concretos como es el que nos ocupa, debemos descartar que el hecho de no formalizarlo en escritura pública conlleve un perjuicio para el interesado ante la imposibilidad de inscribirlo en el Registro público oportuno, tal y como sucede en la modalidad de TPO.

Empero, en ocasiones, es la propia normativa registral la que permite el acceso al Registro de documentos privados, sin relevancia en la modalidad de TPO²⁸⁰ pero sí en la de AJD, dando al traste con la teoría de la especial protección sustentada para fundamentar la adecuación a derecho de la cuota variable. En este caso, no puede justificarse el gravamen en la eficacia jurídica que puede conseguir con la documentación pública, dado que también mediante documento privado se alcanza idéntico resultado sin menoscabo de garantía alguna y con un considerable ahorro fiscal. En este último supuesto, cabe precisar que el acceso efectivo al Registro no está gravado por la cuota variable del IAJD, sino que, por el contrario, la inscripción registral de la distribución o redistribución de la responsabilidad hipotecaria determina el pago del arancel registral²⁸¹, sin que se devengue ni la cuota fija del IAJD ni el arancel notarial. Por esta razón, algunos autores han esgrimido que cuando se consiguiesen los resultados anhelados –inscripción– deberían someterse a gravamen –cuota variable del IAJD– todos los documentos, con independencia de su carácter público o privado²⁸². En

²⁷⁸ Vid. la STS de 29 de noviembre de 1995 (ref. Aranzadi 1995/9706). El problema generalmente planteado es el de la alegación de una prescripción adquirida torticeramente respecto a una transmisión patrimonial onerosa realizada en documento privado y que posteriormente se decide elevar a documento público, intentando eludir el ITPAJD aduciendo la prescripción del Impuesto. A estos efectos, nuestros Tribunales de Justicia han señalado que el cómputo del plazo para la prescripción se inicia desde la fecha de presentación del documento privado y no desde su otorgamiento.

²⁷⁹ MENÉNDEZ, J.: *Nueva fiscalidad de los Actos Jurídicos Documentados*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 248.

²⁸⁰ Generalmente, porque en las TPO, el requisito de la escritura pública es ineludible para el acceso al Registro de la Propiedad.

²⁸¹ Vid. la nota 241 (pág. 71).

²⁸² Respecto al documento privado, MENÉNDEZ, J.: *Nueva fiscalidad de los Actos Jurídicos Documentados*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 249.

cambio, la actual configuración del hecho imponible del IAJD únicamente considera que, a efectos tributarios, se produce la citada protección en caso de la documentación pública, lo que demostraría que no es el acto o contrato en sí objeto de gravamen, siendo necesaria además la documentación pública. En suma, un contrato privado que no se elevase a escritura pública por decisión de los contratantes y que fuese susceptible de inscripción en el Registro, no estaría sujeto al IAJD ²⁸³ por lo que mal podría argumentarse que el acto que contiene el contrato conforma el hecho imponible del impuesto, siendo, por el contrario, la combinación de los requisitos fijados en el artículo 31.2 del TRLITPAJD.

A tenor de lo expuesto y en el concreto caso de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria, juzgamos que en el hecho de la documentación pública o privada no puede localizarse el hecho indicativo de capacidad económica. Por tanto, si el objeto del tributo gira en torno al sistema de protección de la seguridad jurídica, debería gravarse el efectivo acceso al Registro prescindiendo del tipo de formalización escogida por el interesado, dado que cualquier otra opción es, a nuestro juicio, contraria a los más elementales principios de justicia tributaria. Y esto porque los contratos privados son opacos al control del Fisco frente a las escrituras públicas que son transparentes a dicho control ²⁸⁴. En definitiva, podemos concluir que, en la actualidad, se grava un acto por su solemnidad y no porque exteriorice capacidad económica alguna ²⁸⁵.

Por esta razón, juzgamos que, en todo caso, debería conformarse más que como un impuesto sobre el tráfico jurídico como un impuesto sobre la «registración», subordinado al efectivo acceso de cualquier tipo de documento al Registro. Esta configuración zanjaría cualquier problema de discriminación entre documento público y privado y, al menos, haría evidente el gravamen de esa especial protección jurídica de la que se beneficia el titular registral aun en ausencia de manifestación de capacidad económica. En la actualidad, la construcción vigente quedaría justificada si el principio de titulación pública no admitiera excepción alguna, afirmación que no se corresponde con nuestra legislación hipotecaria que admite el acceso a los Registros Públicos de documentos privados no sujetos al gravamen de cuota variable ²⁸⁶. Este planteamiento lo asemejaría a un impuesto sobre la «registración» y cuya existencia se fundamentaría, incluso, en ausencia de desplazamiento patrimonial. A este respecto, la doctrina ²⁸⁷ y algunos TSJ ²⁸⁸ han apuntado que, en este caso, la figura tributaria a emplear sería la tasa –tasa de registro– y que, en consecuencia, la deuda tributaria nunca podría superar el coste del servicio. Mediante el citado tributo se garantizaría públicamente el conjunto de seguridades jurídicas inherentes al derecho de propiedad. Empero, la doctrina ha señalado que este gravamen ya existe y que estos derechos de registros, a semejanza de los «droits d'enregis-

²⁸³ Vid. la contestación a Consulta núm. 1925/2002, de 11 de diciembre (ref. Aranzadi JUR 2003/48341).

²⁸⁴ IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «La cuota gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados desde una interpretación principalista», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 186, 1998, pág. 97.

²⁸⁵ En el mismo sentido, CALVO ORTEGA, R.: «La tributación de la declaración de obra nueva», *Crónica Tributaria*, núm. 7, 1973, pág. 110.

²⁸⁶ Vid. nota 94 (pág. 44).

²⁸⁷ RUBIO PILARTE, I.: «Tributación por el concepto de Actos Jurídicos Documentados de las distribuciones hipotecarias», *Jurisprudencia Tributaria* núm. 2, 2004, págs. 13 y ss. Vid. asimismo la nota 68 (pág. 39).

²⁸⁸ Vid. la STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2002 (ref. Aranzadi JT 2002/460).

tremet» franceses, no son otros que los aranceles de Notarios y Registradores²⁸⁹. Ante tal posibilidad, la jurisprudencia ya ha destacado en reiteradas ocasiones que «la inscripción en los Registros Públicos otorga al titular registral un conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico concede a determinados actos en razón de la forma notarial adoptada y que constituyen –dichas especiales garantías registrales– la finalidad del gravamen de AJD, sin que esa justificación lo convierta en una tasa²⁹⁰ por la prestación de un servicio»²⁹¹.

No obstante, y a pesar de todas las disquisiciones doctrinales expuestas, tras la STS de 24 de octubre de 2003²⁹² en casación de ley, la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria –derivada de la división de la propiedad horizontal– mediante escritura pública constituye un acto que cumple los requisitos fijados por el artículo 31.2 del TRLITPAJD y que, en cualquier caso, las diferentes oficinas liquidadoras y los Tribunales²⁹³ deben someter a gravamen como negocio independiente, sin perjuicio de que no exista desplazamiento patrimonial ni manifestación de capacidad económica. A mayor abundamiento, cabe señalar que no es solución incluirlo en una misma escritura con otras operaciones por la aplicación del artículo 4 del citado texto legislativo. Por esta razón, y ante la ausencia de declaración de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 31.1 de la CE y, en concreto, del principio de capacidad económica, planteamos como alternativa para sortear el citado gravamen –que juzgamos no ajustado al derecho– el empleo del documento privado para realizar distribuciones y redistribuciones de responsabilidad hipotecaria. Esta posibilidad será la que analizaremos en el epígrafe siguiente como supuesto de economía de opción para evitar tanto la cuota variable como la fija del IAJD.

6. LA DISTRIBUCIÓN Y REDISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA MEDIANTE DOCUMENTO PRIVADO: UN SUPUESTO DE ECONOMÍA DE OPCIÓN

Como ya veremos, nuestro TC ha reconocido el derecho de los contribuyentes a planificar fiscalmente su actividad empresarial confiados en la legislación que se hallaba vigente²⁹⁴. Sin embargo, a la hora de proyectar cualquier operación, cabe señalar que la libertad de los agentes económicos para lograr el mayor ahorro fiscal posible tiene el límite de determinadas figuras previstas por el ordenamiento para evitar transgresiones del deber de contribuir. Éstas son principalmente el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, la simulación y las infracciones directas de la norma. Por consiguiente, en el caso de que el contribuyente incurra en alguno de estos supuestos, el orde-

²⁸⁹ IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «La cuota gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados desde una interpretación principalista», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 186, 1998, pág. 93.

²⁹⁰ Esta precisión adquiere relevancia, dado que, en el caso de configurarse como una tasa, su importe no podría superar el del coste del servicio, es decir, de la inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente.

²⁹¹ *Vid.* por todas la STS de 24 de octubre de 2003 [ref. Aranzadi (RJ 2003/7844)].

²⁹² Ref. Aranzadi RJ 2003/7844.

²⁹³ *Vid.* por todas, las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 3 de marzo de 2004 (ref. Aranzadi JT 2004/665) y de 7 de abril de 2004 (ref. Aranzadi JT 2004/1021).

²⁹⁴ *Vid.* el Fundamento Jurídico 2 de la STC 137/1996, de 31 de octubre.

namiento reaccionará reconstruyendo la situación original con arreglo a derecho²⁹⁵ y liquidando correctamente el negocio u operación realizada. En caso contrario y dentro de la libertad de planificación fiscal de los ciudadanos, ordenamiento y Administración admitirán la citada operación y el tratamiento tributario dado a la misma, detectándose un supuesto de economía de opción. Generalmente, la localización de estos supuestos conlleva un conocimiento pormenorizado no sólo de todas y cada una de las posibilidades que ofrece el sistema tributario sino, en ocasiones, también de las interrelaciones del mismo con el ordenamiento jurídico privado. Éste es el caso de la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria mediante documento privado.

Llegados a este punto y a pesar de considerar que la tributación por AJD de las citadas operaciones no procede bien por vulnerar el principio de capacidad económica bien por constituir, en ocasiones, un supuesto de no sujeción al no erigirse la misma un negocio jurídico independiente, juzgamos que resulta, desde una postura totalmente pragmática y realista, más conveniente aprovechar otras oportunidades que nos brinda el ordenamiento para sortear el citado gravamen más allá de su impugnación en la vía económico-administrativa y, seguramente, también en la jurisdicción contencioso-administrativa o, incluso, ante el TC. A raíz de la RDGRN de 7 de enero de 2004 y, en particular, de la posibilidad de inscribir en documento privado la distribución o redistribución de la responsabilidad hipotecaria en el Registro de la Propiedad, podemos prescindir del documento notarial para realizar tal operación, revelándose un interesante supuesto de economía de opción. Ante esta contingencia y la ausencia de la citada formalización documental, no realizaríamos el hecho imponible del IAJD²⁹⁶ al no poder equipararse el documento privado a ninguno de los documentos –notariales, administrativos o mercantiles– que dan lugar al citado gravamen, sin perjuicio de que el mismo sea inscribible. En suma, el citado gravamen –en ambas modalidades– se eludiría al no realizarse el hecho imponible previsto en el artículo 27 del TRLITPAJD, sin que por ello renunciemos a la inscripción en el Registro de la Propiedad de las operaciones de distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria y todas las garantías que aquélla conlleva.

Como hemos señalado, la citada RDGRN trae causa en una distribución de responsabilidad hipotecaria mediante contrato privado entre la entidad bancaria y la empresa constructora, una vez declarada la obra nueva y realizada la división horizontal en escritura pública. En concreto, obedece a la presentación del citado documento privado, en que constaba la legitimación notarial de las firmas, en el Registro de la Propiedad de Sevilla. Los términos de la controversia entre el Registrador y la empresa constructora se centran en la interpretación del artículo 216 del RH que establece que las partes interesadas podrán acordar la distribución de la responsabilidad bien en el mismo título inscribible o en otro documento público, bien en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas. En suma, el problema radica en determinar el carácter absoluto o relativo del principio de titulación o documentación pública y, por tanto, en la admisibilidad de excepciones en que el documento privado sea título válido y suficiente para la inscripción registral de distribuciones y redistribuciones de la responsabilidad hipotecaria, más allá de meros supuestos subsanatorios.

²⁹⁵ ROLDÁN PÉREZ, D.R.: «Fraude de ley, negocios indirectos y economías de opción», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 48, 2000, pág. 82.

²⁹⁶ *Vid.* la ya mencionada contestación a Consulta núm. 1925/2002, de 11 de diciembre (ref. Aranzadi JUR 2003/48341).

Frente a la inicial nota de denegación del Registrador al empleo del documento o instancia privada²⁹⁷, la DGRN revocó la citada nota señalando que la distribución de la responsabilidad hipotecaria puede inscribirse en virtud de documento privado ratificado ante el Registrador en virtud del artículo 216 del RH²⁹⁸ e, incluso, añade que «sin que a tal conclusión pueda objetarse el que algunas de las fincas resultantes queden libres de toda responsabilidad, pues, no se ve por qué ha de ser distinto el tratamiento en las hipótesis de reducción parcial y en las de reducción total cuando, en definitiva, lo relevante es que la suma de las responsabilidades a que quedan afectas las distintas fincas resultantes sea igual a la de la originaria finca matriz»²⁹⁹. En definitiva, la RDGRN confirma la posibilidad de inscripción registral de la distribución de la responsabilidad hipotecaria sobre la base de documento privado con legitimación notarial de las firmas. A mayor abundamiento, parece señalar que incluso es posible la exoneración parcial de responsabilidad, siempre y cuando la suma de responsabilidades a que quedan afectas las distintas fincas resultantes como consecuencia de la distribución o redistribución sea igual a la de la originaria finca matriz.

Por tanto, y como ya hemos apuntado, la citada Resolución nos brinda un manifiesto supuesto de economía de opción, en el que la elección del tipo de documento para formalizar las operaciones de distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria puede conllevar un considerable ahorro al eludirse la realización del hecho imponible del IAJD, sin además perder, como ya indicábamos, ninguna de las garantías registrales ni transgredir disposición tributaria alguna. A estos efectos, es interesante uno de los argumentos realizados por el Registrador, constatando que la documentación privada del citado negocio de distribución de la responsabilidad hipotecaria frente al empleo de escritura pública conlleva la obtención de las mismas garantías registrales, mediante un medio no gravado por el IAJD y plenamente admitido por el Derecho e, incluso, por la propia Administración tributaria. A pesar de la veracidad de esta afirmación, juzgamos que no corresponde al Registrador realizar apreciación alguna, debiéndose limitar como ya hemos apuntado a comprobar si el documento presentado contiene nota firmada por el liquidador del impuesto que acredite el pago, no sujeción, prescripción o exención de la operación presentada, no pudiendo suspender la inscripción so pretexto de error o deficiencia de la liquidación practicada y sin perjuicio de que

²⁹⁷ El argumento principal es que el citado contrato privado no era documento formal idóneo para realizar la distribución de la responsabilidad hipotecaria, siendo necesario el otorgamiento de escritura pública. Además, curiosamente añade, entre diferentes defectos subsanables, la falta de presentación del documento a liquidación del ITPAJD, para su pago o declaración de exención o no sujeción, a fin de prevenir que esta operación pueda escapar al citado gravamen.

²⁹⁸ La empresa constructora rebatía en el correspondiente recurso gubernativo la argumentación del Registrador amparándose en una distinta interpretación del artículo 216 del RH que permitiría la inscripción de la distribución de la responsabilidad hipotecaria mediante documento privado. En particular, afirma que el citado precepto introduce una de las diversas excepciones al principio de documentación pública que se contienen en la legislación hipotecaria –ley y reglamento– y que permiten el acceso al Registro de documentos privados. Abundando en esta línea, justifica la citada interpretación basándose en los criterios generales de interpretación contenidos en el artículo 3.1 del CC. De esta forma, señala que, atendiendo a la interpretación gramatical, sistemática y doctrinal, procede su inscripción, dado que el documento privado con la legitimación notarial de las firmas reúne todas las condiciones de autenticidad exigidas por la legislación hipotecaria requiere para acceder al Registro y garantizar la seguridad en el tráfico jurídico a pesar de no ser un documento público. A mayor abundamiento, cabe señalar que, tal y como afirma la recurrente, el principio de fe pública registral no queda desvirtuado por el hecho de que, excepcionalmente, algunos asientos registrales se practiquen sobre la base de simples documentos privados, dado que son las propias disposiciones legales las que les atribuyen eficacia registral.

²⁹⁹ Fundamento único de la RDGRN de 7 de enero de 2004 (Ref. Aranzadi RJ 2004/4881).

pueda ponerlo en conocimiento de la Delegación de Hacienda respectiva ³⁰⁰. En todo caso, corresponde a la Administración tributaria enjuiciar el ajuste a derecho de este supuesto de economía de opción, cuestión que está resuelta tras la contestación a consulta núm. 1925/2002, de 11 de diciembre, realizada por la DGT ³⁰¹ señalando la no sujeción derivada del empleo de documento privado. A mayor abundamiento, juzgamos que el citado juicio de valor y, en concreto, la eliminación de esta indeseada economía de opción correspondería exclusivamente al legislador; opción que conllevaría en todo caso la modificación radical del impuesto para someter a gravamen también los documentos privados, con el consiguiente riesgo de aproximarlos a la figura de la tasa.

Llegados a este punto, cabría pensar que existe la posibilidad de toparnos con la resistencia de los Registradores. Sin embargo y como ya hemos apuntado, el artículo 327 de la LH establece que, una vez se publique en el Boletín Oficial del Estado la resolución expresa por la que se estime el recurso, ésta tendrá carácter vinculante para todos los Registros mientras no se anule por los Tribunales. En consecuencia, ningún Registrador podrá denegar la inscripción del documento privado en cuya virtud se distribuya o redistribuya la responsabilidad hipotecaria, sea ésta necesaria *ab initio* o voluntaria y posterior a la constitución de la hipoteca. Razón por la cual se despeja cualquier duda sobre la viabilidad de esta economía de opción, dado que no vislumbramos ninguna otra causa que pueda entorpecer su consecución que no sea la anulación por los Tribunales.

A renglón seguido, pretendemos contrastar la adecuación al ordenamiento tributario del empleo del documento privado a efectos de la formalización de las citadas operaciones relativas a la responsabilidad hipotecaria. En este orden de ideas y a efectos de diferenciar la economía de opción de otras figuras contrarias al ordenamiento, cabe señalar que el citado término fue acuñado por LARRAZ para distinguirlo de la figura del fraude de ley (actualmente, sustituida por el conflicto en aplicación de la norma) ³⁰², señalando que la primera no atenta contra el espíritu de ninguna norma frente a la segunda que sí lo hace. De esta forma, la economía de opción supone que, ante diversas opciones, los ciudadanos escogen aquellas de mayor ahorro por estar fiscalmente mejor tratadas, sin que se produzcan deformaciones anómalas del negocio jurídico ni se viole el espíritu de la ley ³⁰³. A este respecto algunos autores han señalado que no era necesaria que dicha posibilidad de actuar en función de los costes tributarios de las operaciones o negocios jurídicos fuese designada con un término especial ³⁰⁴.

³⁰⁰ Vid. la nota 184 (pág. 62).

³⁰¹ Ref. Aranzadi JUR 2003/48341.

³⁰² Estas dos figuras presentarían como característica común la coincidencia entre lo formalizado y la realidad así como en no contrariar la letra legal y en procurar un ahorro tributario. PALAO TABOADA ha definido: «en el ámbito tributario, el fraude de ley supone que un determinado resultado económico, que realizado a través de los medios jurídicos considerados como normales produce el nacimiento de una deuda tributaria, se consigue indirectamente a través de otros medios jurídicos que natural y primeramente tienden al logro de fines diversos y que no están gravados o están en una medida más reducida» («El fraude de ley en el Derecho Tributario», *RDFHP*, núm. 63, 1966, pág. 679). En el artículo 24 de la antigua LGT se fijaban como requisitos el propósito de eludir el tributo, que se usen normas dictadas con distinta finalidad y que se obtenga un resultado equivalente.

³⁰³ LARRAZ, J.: *Metodología aplicativa del Derecho Tributario*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, págs. 61 a 63.

³⁰⁴ PALAO TABOADA, C.: «El fraude de ley en el Derecho Tributario», *RDFHP*, núm. 63, 1966, pág. 679.

Este planteamiento ha sido reconocido por nuestros Jueces y Tribunales e, incluso, por nuestro TC, *ex* Sentencias 173/1996, de 31 de octubre, y 182/1997, de 28 de octubre, que han reconocido el derecho de los ciudadanos a planificar su actividad empresarial de acuerdo con la legislación vigente; añadiendo la STC 214/1994, de 14 de julio, que «la ley configura un marco dentro del cual el sujeto pasivo puede ordenar razonablemente sus relaciones económicas con terceros, ya que una gestión prudente de su patrimonio» es la que permite el logro de la economía de opción. En este orden de ideas, la doctrina ha señalado que «la opción, pues, por un negocio, acto, contrato operación económica válido, lícito y real es jurídicamente intachable, aunque se haya elegido, en comparación con otros, por su resultado equivalente y su menor o nula carga fiscal»³⁰⁵. A mayor abundamiento, PONT CLEMENTE ha señalado que «actuar de esta forma, lejos de constituir una aberración, es un síntoma de racionalidad económica»³⁰⁶. Ante la disyuntiva del tipo de documentación a adoptar, los agentes económicos deciden no realizar el hecho imponible del IAJD al formalizar la distribución o redistribución de la responsabilidad hipotecaria mediante documento privado³⁰⁷, obteniendo las mismas garantías que si hubiesen empleado la escritura notarial. Así, GARCÍA NOVOA ha afirmado que «el derecho a la planificación fiscal no es nada más que la consecuencia del ejercicio de la libertad económica por parte del ciudadano. El ciudadano tiene derecho a ejercer esa libertad por medio de la libertad de contratación, y de acudir a los negocios que estime oportunos sin que la motivación fiscal deba considerarse relevante»³⁰⁸.

A renglón seguido, una vez justificada la legitimidad de este comportamiento, vamos a trasladar este planteamiento teórico al supuesto que nos ocupa con el propósito de descartar la aplicación de otras figuras limítrofes contrarias al deber de contribuir. Como es sabido, en el mundo del derecho, para obtener un determinado resultado, los agentes económicos deben operar bien sobre los hechos bien sobre las normas. En este último caso, las posibilidades se limitan a defender una interpretación del precepto en cuestión que sea aceptada por la Administración o, en última instancia, por nuestros Jueces y Tribunales. En cambio, en el primer caso las opciones que se barajan son la ocultación de los negocios o actos jurídicos, la presentación de unos actos o negocios distintos a los realizados (simulación) o el cambio del acto o negocio forzando la aplicación de otros diferentes a efectos de no utilizar los corrientes para evitar un tratamiento tributario más gravoso (conflicto en aplicación de la norma tributaria o antiguo fraude de ley).

En la distribución mediante documento privado, debemos descartar las figuras de la ocultación y la simulación³⁰⁹, dado que nos encontramos ante un negocio jurídico válido, real y lícito. En

³⁰⁵ FERREIRO LAPATZA, J.J.: «Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal», *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2001, págs. 9 y ss.

³⁰⁶ «La economía de opción», *Documentos de estudios de la AEDAF*, núm. 6, 2002, pág. 1.

³⁰⁷ FALCÓN Y TELLA ha señalado que no cabe dar un tratamiento tributario distinto en función de meras conjeturas sobre si quien no ha realizado el hecho imponible, lo habría realizado o no de no existir el gravamen («El fraude a la ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 31, 1995, pág. 64).

³⁰⁸ «El derecho del contribuyente a la tipicidad», *ILADT* (disponible en www.iladt.org). Además, añade que «el derecho a la planificación fiscal lícita significa derecho a aprovechar las economías de opción que se deriven del ordenamiento tributario, incluso las implícitas, que son las que habrá que presumir cuando la ley no grave expresamente un supuesto que, hay que deducir, podría haber gravado».

³⁰⁹ El artículo 16 de la nueva LGT establece que «1. En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes.

concreto, en ningún momento se constata divergencia alguna entre la voluntad interna de los sujetos y la voluntad declarada por ellos, coincidiendo, por el contrario, en todo momento, al desear y realizar efectivamente la distribución o redistribución de la responsabilidad hipotecaria. A mayor abundamiento y a efectos de descartar también la ocultación, cabe señalar que la citada operación, formalizada en documento privado, sólo producirá efectos si se presenta al Registro de la Propiedad correspondiente a efectos de obtener su inscripción adjuntando documento en el que se señale su no sujeción, tal y como exige el artículo 54 del TRLITPAJD. La ocultación del hecho imponible mediante documento privado, más corriente en el ámbito de las TPO, no se da en los casos de inscripción registral de dicho documento.

Por último, vamos a encuadrar la utilización del documento privado para los negocios de distribución y redistribución en el ámbito de la economía de opción para desechar categóricamente la apreciación de un supuesto de conflicto en la aplicación de la norma tributaria. En el caso que nos ocupa, podemos apreciar como la RDGRN citada, mediante la doctrina fijada, confirma dos opciones documentales –pública y privada– para inscribir en el Registro de la Propiedad con las mismas garantías negocios de distribución y redistribución de responsabilidad hipotecaria. Generalmente, el ordenamiento no suele prever, para un mismo efecto jurídico, tratamientos fiscales diferentes entre los que se pueda optar y, en mayor medida, son raros los supuestos en que un hecho revelador de capacidad económica no se halla tipificado³¹⁰. Sin embargo, en el caso que nos ocupa se dan ambos fenómenos, dado que su documentación pública o privada determina tratamientos diversos, al no gravarse el documento privado aunque reúna los restantes requisitos y se beneficie de las mismas garantías.

A diferencia del conflicto en la aplicación de la norma tributaria³¹¹ (figura que sustituye al fraude de ley), aquí no es necesario variar la realidad cambiando el negocio, dado que es el propio ordenamiento, tras la RDGRN, el que permite, sin ningún género de dudas, utilizar ambas modalidades de documentación sin que varíen los efectos registrales. En esta línea, la elusión del gravamen

2. La existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios.

3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente».

³¹⁰ HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA, J.M.: «La conformación artificiosa de la realidad en el ámbito tributario: ¿por qué lo llamamos conflicto cuando queremos decir fraude», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 593, 2003, págs. 1 y ss.

³¹¹ El artículo 15 de la nueva LGT establece que «1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
- b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones».

por la no realización del hecho imponible no se deriva de la realización de actos o negocios notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido, dado que se produce una efectiva distribución o redistribución de la responsabilidad hipotecaria. A mayor abundamiento, cabe descartar que de su utilización no resultan efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios, siendo aquí la instancia privada empleada totalmente adecuada para obtener el fin económico perseguido.

En conclusión, la formalización privada no puede merecer reproche alguno por la economía de opción que se genera frente a la escritura pública. De este modo, no sólo se obtiene un considerable ahorro tributario por la elusión legal de la modalidad de cuota variable sino también de la modalidad de cuota fija así como de los correspondientes aranceles notariales. En definitiva, se produce un resultado equivalente en materia de garantías registrales pero con consecuencias fiscales sustancialmente diferentes al eludirse legalmente el pago del impuesto y aranceles citados, sin que las ventajas tributarias de esta opción no revelen ninguna intención contraria a derecho ³¹². Por el contrario, se obtiene un tratamiento fiscal más ventajoso, beneficiándose de la normativa vigente, aplicándola e interpretándola en función de la verdadera naturaleza jurídica del hecho imponible y con total respeto a los principios constitucionales tributarios. En este sentido, y tal y como ha afirmado el legislador, las normas tributarias no pueden suponer ninguna limitación a la libertad de actuación de los individuos para adoptar sus decisiones teniendo en cuenta sus consecuencias tributarias ³¹³.

Por tanto, la utilización del documento privado a efectos de formalizar la distribución o redistribución de la responsabilidad hipotecaria constituye la elección menos gravosa entre las distintas opciones lícitas –prevista por el art. 216 del RH– sin que la forma adoptada sea anómala en relación con el fin perseguido. En concreto, no se realiza ningún acto tendente a eludir el impuesto, sino que, por razones fiscales, se elige un determinado modo de formalización en lugar de otro, apostando por una conducta legítima que determina la no realización del hecho imponible. De esta forma, se evita, con plena adecuación a la legalidad vigente, el devengo de la cuota gradual del IAJD, sin que se produzca violentación alguna ni del espíritu ni de la finalidad tanto de la norma reguladora del citado impuesto como de la normativa hipotecaria. Como señala PÉREZ ROYO «podríamos decir que en la economía de opción o elección de vía fiscal más ventajosa, no existe ninguna anomalía en la causa, sino que la consideración fiscal influye sólo en los motivos (jurídicamente irrelevantes) del negocio; se elige tal tipo negocial con preferencia a otro por la sola razón de que es más ventajoso fiscalmente» ³¹⁴.

Llegados a este punto, debemos señalar que esta economía de opción es consecuencia directa de la actual configuración del hecho imponible del IAJD e íntimamente relacionada con las excepciones al principio de titulación pública previstas por la legislación hipotecaria. El componente histórico que ha justificado el mantenimiento de este tributo hasta la fecha es la causa de esta economía

³¹² FERREIRO LAPATZA, J.J.: «Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal», *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2001, págs. 9 y ss.

³¹³ Vid. la Exposición de Motivos de la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación de la LGT.

³¹⁴ *Derecho financiero y tributario*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 105 y ss.

de opción indeseada cuya corrección únicamente corresponde al legislador, sin que puedan pretender enmendarla ni Administración ni Jueces y Tribunales. En definitiva, podemos afirmar que «el legislador tiene la facultad de tipificar el hecho imponible con la amplitud que desee con el fin de evitar las posibilidades del contribuyente de acogerse a negocios no gravados, a través de los hechos imponibles subrogatorios, pero cuando no lo hace y quedan hechos sin tipificar se está ante una economía de opción implícita»³¹⁵. Así, podría pensarse que el legislador hubiera querido gravar igualmente el hecho «equivalente» realizado y que hoy por hoy no está gravado y si no lo ha hecho es porque quizás no ha podido o simplemente no ha querido³¹⁶. En el caso concreto que nos ocupa y tal y como hemos apuntado, juzgamos que esta imposibilidad deriva del objeto de gravamen, defendido a ultranza por legislador y Tribunales, consistente en la especial protección derivada de la documentación notarial de la citada operación y de la posibilidad de acceso al Registro público correspondiente, siendo ésta la única manifestación de capacidad económica que podía ser aducida para justificar este gravamen. Sin embargo, y como ya hemos defendido, juzgamos que la misma no puede ser considerada como una manifestación de riqueza susceptible de fundamentar la detracción patrimonial que ha constituido el objeto de este trabajo.

7. CONCLUSIONES

Tras las consideraciones expuestas, podemos resumir las ideas desarrolladas de la siguiente forma:

- a) En el caso de que se vayan a hipotecar varios bienes en garantía de una misma obligación, es necesario distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las diversas fincas gravadas. La distribución debe realizarse en el título constitutivo de la hipoteca, pero si es omitida en dicho título, podrá hacerse bien en otro documento público bien en documento privado con los requisitos del artículo 216 del RH. En este caso, la distribución es necesaria y se realiza con posterioridad al otorgamiento del título constitutivo, ya sea en documento público o privado. Estos documentos tienen meramente carácter subsantorio. Por esta razón, la distribución no se erige en negocio jurídico autónomo y, en consecuencia, no hay dos convenciones desde el punto de vista fiscal.
- b) En los casos de modificación de la relación jurídica hipotecaria como consecuencia de actos tales como la ampliación de préstamo, ampliación de hipoteca o liberación de la responsabilidad hipotecaria, si la hipoteca originariamente constituida afecta a varias fincas, las operaciones reseñadas obligarán a redistribuir la responsabilidad hipotecaria. La citada redistribución se erige en acto necesario, que deberá realizarse en el título modificativo de la relación jurídico-registral, dado que, en caso contrario, éste no será inscribible. No obs-

³¹⁵ PONT CLEMENTE, J.F.: «La economía de opción», *Documentos de estudios de la AEDAF*, núm. 6, 2002, pág. 1.

³¹⁶ En sentido similar, FALCÓN Y TELLA, R.: «El fraude a la ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 31, 1995, pág. 70.

tante, el defecto podrá subsanarse por el cauce formal del artículo 216 del RH: documento público o privado. En este caso, la redistribución, necesaria, tampoco constituye un negocio autónomo e independiente del título de modificación de la relación jurídico-real que la determina. En este caso tampoco cabe identificar a efectos fiscales dos convenciones.

Como supuesto excepcional, cabría destacar el de ampliación de hipoteca solidaria sobre el conjunto de pisos, locales y garajes derivados de la división horizontal de la finca inicialmente hipotecada, respecto de los cuales la distribución de la responsabilidad hipotecaria no se ha producido. En este caso, juzgamos que la distribución de la responsabilidad hipotecaria, simultánea o posterior a la ampliación del préstamo, constituye un negocio autónomo e independiente de la ampliación del préstamo y en ningún caso derivado de la misma, dado de su carácter voluntario, a semejanza del supuesto que describimos a continuación.

- c) En el caso de división de la finca hipotecada (al igual que en la segregación o división de la propiedad horizontal), los interesados en la relación jurídico-hipotecaria pueden optar entre mantener la hipoteca con carácter solidario sobre las diversas fincas resultantes o distribuir entre ellas la total responsabilidad hipotecaria. En este último caso, la distribución de la responsabilidad hipotecaria es meramente voluntaria, *ex* artículo 123 de la LH, y constituye un negocio autónomo frente a la división o segregación. En consecuencia, nos encontramos ante dos convenciones distintas sujetas al IAJD. No obstante, y a efectos de eludir este impuesto, la formalización de la distribución de la responsabilidad hipotecaria puede hacerse en documento privado, tal y como prevé el artículo 216 del RH y confirma la RDGRN de 17 de febrero de 2004. Como hemos demostrado, desde el punto de vista fiscal, estamos ante un supuesto de economía de opción.
- d) Un supuesto que merece especial atención es el siguiente: constituida inicialmente una hipoteca sobre una sola finca, posteriormente se procede a la división de la finca hipotecada y a la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas resultantes. Una vez distribuida la hipoteca, se procede a la ampliación del préstamo hipotecario. A nuestro juicio y como hemos apuntado en las conclusiones anteriores, en este caso se realizan los siguientes hechos imposables: división de la finca hipotecada, distribución voluntaria de la responsabilidad hipotecaria y ampliación del préstamo hipotecario. Además, cabe localizar un supuesto de redistribución necesaria de responsabilidad hipotecaria derivada de la ampliación de hipoteca distribuida que no constituye un negocio autónomo respecto a la citada ampliación, y, por lo tanto, no sujeto.

En este mismo supuesto, la DGT igualmente considera que existen tres hechos imposables: división, distribución y ampliación. Asimismo, excluye el sometimiento a gravamen de la redistribución de la responsabilidad hipotecaria, si bien partiendo de un planteamiento distinto. En concreto, entiende que como consecuencia de la distribución voluntaria de la responsabilidad hipotecaria se ha producido la división de la hipoteca en tantas hipotecas como fincas resultaron de la división de la finca inicialmente hipotecada. Por esta razón, entiende que no se produce posteriormente la redistribución de la responsabilidad hipotecaria sino tantas ampliaciones de hipoteca como fincas existentes. Este planteamiento no puede ser

compartido puesto que como hemos visto con anterioridad la distribución de la responsabilidad hipotecaria no afecta a la unidad ni del crédito ni de la hipoteca; razón por la cual no puede entenderse automáticamente dividida. No obstante, convencionalmente las partes pueden atribuir ese efecto divisorio de la hipoteca a la distribución de la responsabilidad hipotecaria. En este último supuesto, sí que cabe entender que no existe redistribución de la responsabilidad hipotecaria, sino tantas ampliaciones como fincas hipotecadas.

Partiendo de este planteamiento jurídico-privado debemos inferir el tratamiento tributario que corresponde a la distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria. En los supuestos de la letra a) y b), juzgamos que las citadas operaciones no están sujetas al IAJD por no concurrir el requisito de la autonomía e independencia del acto o contrato documentado que fija el artículo 31.2 del TRLITPAJD. En estos casos, estamos ante meros elementos ineludibles del negocio jurídico constitutivo o modificativo de la hipoteca que es el que estará, en su caso, sujeto a gravamen. En cambio, la distribución descrita en la letra c) constituye un negocio jurídico independiente respecto a los actos de división que, voluntariamente, llevan al propietario a distribuir la responsabilidad hipotecaria, razón por la cual deben quedar sujetos a gravamen.

Sin perjuicio de la validez de estas afirmaciones, en la actualidad el empleo de escritura pública para documentar las operaciones de distribución y redistribución de la responsabilidad hipotecaria no es nada aconsejable. A partir de la RDGRN de 7 de enero de 2004 y a efectos de evitar controversias con la Administración tributaria postulamos el empleo del documento privado en cualquier caso.

Con independencia de todo lo señalado anteriormente y por las razones expuestas juzgamos que este gravamen es contrario al principio de capacidad económica, dado que no alcanzamos a localizar manifestación de riqueza alguna de la que realizar la detracción patrimonial. En este sentido, entendemos que la especial protección jurídica de la que se beneficia el titular registral no es indicativa de capacidad económica.