

EDUARDO COSME*Abogado del Estado**Abogado de Garrigues-Andersen***Extracto:**

COMENTARIO a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997 relativa a la cuestión de si las primeras copias de escrituras notariales que documentan préstamos hipotecarios otorgados por entidades financieras o, en general, por empresarios o profesionales que actúen en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, están o no exentas en la cuota gradual al 0,50 por 100 del gravamen de Actos Jurídicos Documentados que recae sobre documentos notariales.

Para ello el autor hace un análisis detenido del tema a través del examen de cuatro puntos: el «iter legislativo», el «iter judicial y procesal», el análisis de las sentencias invocadas en la de 19 de abril de 1997 y las «consecuencias de la nueva sentencia».

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Planteamiento.
- III. El «íter legislativo» en el tratamiento del préstamo hipotecario en la imposición indirecta. Evolución.
- IV. El «íter judicial». La cuestión ante los tribunales. Pronunciamientos anteriores del Tribunal Supremo.
- V. Análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo citadas en la de 19 de abril de 1997, que se invocan como constitutivas de la doctrina legal que el Tribunal declara aplicar en el caso concreto que resuelve.
- VI. Consecuencias de la nueva sentencia y alternativas que pueden plantearse.

I. INTRODUCCIÓN

Una Sentencia de 19 de abril de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, del Tribunal Supremo pudiera reabrir la polémica, iniciada hace bastantes años, sobre la cuestión de si las primeras copias de escrituras notariales que documentan préstamos hipotecarios otorgados por entidades financieras o, en general, por empresarios o profesionales que actúen en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, están o no exentas en la cuota gradual al 0,50 por 100 del gravamen de Actos Jurídicos Documentados que recae sobre documentos notariales, cuestión que hasta esta sentencia parecía haber quedado cerrada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en favor de la solución negativa, sobre todo a partir de una Sentencia de 9 de octubre de 1992 que, por haber recaído en recurso de apelación extraordinario en interés de ley y, por lo tanto, respetando la situación jurídica particular derivada del pronunciamiento contenido en la sentencia apelada, fijaba como doctrina legal a aplicar en lo sucesivo «que las escrituras públicas que contengan préstamos hipotecarios, efectuados en el ámbito de la actividad profesional o empresarial están sujetas y no exentas del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 104.5 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988».

Y hablamos de reabrir, porque el pronunciamiento de la nueva Sentencia de 19 de abril de 1997, confirmando otra de 29 de julio de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía, con sede en Málaga, en contra de la doctrina anterior, parece declarar exentas del referido gravamen a varias escrituras notariales que documentaban préstamos hipotecarios otorgados por diversas entidades financieras y, con fundamento, precisamente, a que por tratarse de escrituras otorgadas a partir de 1 de enero de 1988 «es insostenible la alegación de la parte apelante, que trata de ignorar la ampliación de las exenciones efectuada por la Ley de Presupuestos de 1987», ley a la que se ha referido inmediatamente antes diciendo que «la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, en su artículo 104-Cinco extiende la exención, no sólo a la transmisión posterior de los títulos que documenten el depósito o el préstamo, sino también al gravamen de actos jurídicos documentados que recae sobre pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos emitidos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses, representativos de capitales ajenos, por lo que se satisfaga una contraprestación por diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento».

II. PLANTEAMIENTO

Más que el criterio que mantiene la nueva sentencia, llama la atención en ella que para fundamentarlo diga apoyarse en «la abundante y uniforme doctrina de esta Sala» que «ha analizado el fatigoso y, a veces, contradictorio iter legislativo y las conexiones, no siempre sencillas, entre los diversos impuestos que inciden en el campo de los préstamos con garantía hipotecaria» y el que, después de analizar el «iter legislativo» a que se refiere, que concreta en tres distintas redacciones dadas, en tres momentos distintos, a la exención contenida en el entonces apartado 19) del artículo 48.I del Texto Refundido del Impuesto, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre (hoy, apartado 15 del 45.I del vigente de 24 de septiembre de 1993, con idéntica redacción), lleve a la conclusión de que la aplicación de esa abundante y uniforme doctrina de la Sala conduzca a que las escrituras que motivaron el recurso, precisamente por haber sido otorgadas después de 1.º de enero de 1988, están exentas del gravamen de Actos Jurídicos Documentados sobre documentos notariales y ello porque es aplicable la exención recogida en el precepto de referencia, tal como quedó redactada después de la modificación introducida por la Ley de Presupuestos para el año 1988, es decir, exactamente lo contrario de lo que decía la Sentencia en interés de ley de 9 de octubre de 1992.

La nueva sentencia, en el primero de sus Fundamentos de Derecho, dice que la doctrina que invoca en apoyo de su pronunciamiento fue iniciada por las Sentencias de 2 y 24 de octubre de 1989 y continuada por una serie entre las que cita, como más recientes, las de 25 de octubre, 29 de noviembre y 15 de diciembre de 1995 y la de 24 de febrero de 1996. Ocurre, sin embargo, que de la lectura de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al menos de las que se han podido localizar a efectos del presente trabajo, que coinciden en sus fechas con las que se citan como «más recientes», no se desprende el criterio que mantiene la de 19 de abril de 1997, sino más bien el contrario de que la exención de referencia no es aplicable, por lo que, sin perjuicio de admitir la posibilidad de que puedan existir otras sentencias del Tribunal Supremo de las mismas fechas que la de las examinadas, que sean las realmente constitutivas de la doctrina que la de 19 de abril dice aplicar, hay que convenir en que surge la duda de si con la nueva sentencia lo que, en realidad, hace el Tribunal Supremo es modificar el criterio que con anterioridad había venido manteniendo en favor de la no aplicación de la exención de referencia.

Y conocer cuál vaya a ser la postura definitiva del Tribunal Supremo sobre esta cuestión no solamente tiene el interés teórico inherente a resolver una cuestión largamente debatida en la doctrina y por los Tribunales, sino que en la práctica puede ser trascendente, en atención al muy elevado número de escrituras de constitución y cancelación de préstamos hipotecarios que en los últimos años, por no aplicar la exención, se han autoliquidado con ingreso y cuyos titulares podrían mantener el derecho a la devolución de los ingresos realizados, si éstos resultasen indebidos, así como el también elevado número de escrituras que se puedan otorgar en lo sucesivo, que ofrecerán la duda a los interesados de si al presentar los impresos de declaración-liquidación deben seguir la postura de practicar e ingresar la correspondiente autoliquidación, conforme al criterio más tradicional, sin perjuicio de solicitar posteriormente la devolución de lo ingresado o practicar la autoliquidación sin ingreso por invocar la exención que el Tribunal Supremo declara aplicable en la Sentencia de 19 de abril de 1997.

Pues bien, para intentar delimitar cómo el problema queda planteado en el momento presente y obtener las consecuencias correspondientes, se considera de interés proceder a un análisis más detenido del mismo, a través del examen de los cuatro puntos siguientes:

- 1.º **El «íter legislativo»**, a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo, es decir, el examen de cómo ha ido evolucionado la normativa fiscal sobre tributación del préstamo, y concretamente del convenido con garantía hipotecaria, pero sin limitarse al período de tiempo contemplado en la misma, sino comenzando el análisis en la reforma fiscal llevada a cabo por la Ley de 11 de junio de 1964, en la que, en sustitución del antiguo Impuesto de Derechos Reales, aparece el de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, al mismo tiempo que se crea el Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, lo que obligaba al legislador a coordinar el tratamiento tributario de diversas figuras en ambos impuestos y, entre ellas, la del préstamo hipotecario, continuando la evolución hasta llegar a la situación actual, una vez vigente el Impuesto sobre el Valor Añadido, porque esta ampliación del período examinado puede ser útil para contemplar algunas facetas del problema en su conjunto.
- 2.º **El «íter judicial y procesal»**, es decir, cómo la cuestión, con anterioridad a la reciente Sentencia de 19 de abril, se había planteado ante los Tribunales hasta llegar a dos sentencias del Tribunal Supremo recaídas en recursos extraordinarios de apelación en interés de ley que, respetando la situación concreta resuelta en las sentencias apeladas, fijaban la doctrina legal que se consideraba aplicable en lo sucesivo.
- 3.º **El «análisis de las sentencias invocadas en la de 19 de abril de 1997»**, es decir, de las que se citan como constitutivas de la doctrina legal que el Tribunal declara aplicar en el caso que resuelve, reiterando que a estos efectos se analizan las que se han podido localizar de las fechas señaladas, aunque cabe admitir la posibilidad de que existan otras distintas de las mismas fechas, cuyos pronunciamientos sean los que realmente constituyan la doctrina que se invoca.
- 4.º **Las «consecuencias de la nueva sentencia».**

III. EL «ITER LEGISLATIVO» EN EL TRATAMIENTO FISCAL DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN LA IMPOSICIÓN INDIRECTA. EVOLUCIÓN

Aunque la Sentencia de 19 de abril de 1997 analiza lo que denomina el «íter legislativo», a partir de la Ley 14/1985, de 29 de mayo, se estima conveniente, como se ha indicado anteriormente, para una mejor comprensión del problema, distinguir brevemente cómo ha ido evolucionando el tratamiento fiscal del préstamo hipotecario en la imposición indirecta hasta llegar a la situación actual. En esta evolución se pueden distinguir los siguientes momentos:

1.º La reforma de 1964.

La Ley 41/1964, de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario, pretendió, entre otras finalidades, llevar a cabo una ordenación general de la imposición indirecta estructurándola en base a dos impuestos principales, el de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y el de Tráfico de las Empresas. En este segundo, se incluían los conceptos impositivos que afectaban de manera directa a las operaciones típicas y habituales del tráfico mercantil, mientras que al primero se llevaban los que se referían al tráfico entre particulares y las no habituales de empresarios y profesionales, con la consecuencia de que en el artículo 145. Uno se declaraban no sujetas al mismo «las transmisiones a título oneroso, los préstamos, fianzas, arrendamientos y pensiones cuando constituyesen actos habituales del tráfico de las empresas o explotaciones». Pero no obstante esa norma general de no sujeción, y quizá por el peso de lo que se ha llamado «el acarreo histórico», el mismo precepto exceptuaba de la no sujeción determinadas operaciones relacionadas con bienes inmuebles que, a pesar de ser habituales del tráfico empresarial, iban a seguir tributando en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y, entre ellas, «los préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles que estarán sujetos, en todo caso, al Impuesto». Y precisamente con relación al préstamo hipotecario la Ley 41/1964 introduce dos novedades que, posteriormente, van a repercutir en la problemática surgida en torno a su tributación:

- La primera es la de que, con relación a lo que ha denominado «tratamiento unitario del préstamo con garantía», modificaba el criterio de la normativa anterior que en estos casos gravaba solamente la garantía, mientras la nueva ley en el número 16 del artículo 155 establece que «la constitución de las fianzas y de los derechos reales de hipoteca, prenda y anticresis en garantía de un préstamo tributarán exclusivamente por este último concepto...», precepto que va a pasar al artículo 62.1 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967 y de éste al 15.1 del primer Texto Refundido del Impuesto de 30 de diciembre de 1980 y, después, al vigente de 24 de septiembre de 1993.
- La segunda es la de que, tal como se dice en el artículo 100.4 del Texto Refundido citado de 1967, con remisión al número 38 de la Tarifa, el gravamen gradual sobre documentos notariales al 0,50 por 100 sólo se va a exigir cuando la escritura incorpore actos o contratos no sujetos «por los Impuestos Generales sobre las Sucesiones, sobre el Tráfico de las Empresas o por las secciones segunda ("transmisiones patrimoniales *inter vivos*") y tercera ("aumento de valor de fincas rústicas y urbanas") del capítulo primero del Título segundo de esta Ley».

Pues bien, el resultado de todo esto fue el de que desde la entrada en vigor de la Ley de Reforma de 1964 y hasta el día 1 de julio de 1980, fecha de comienzo de aplicación de la nueva Ley 32/1980, de 21 de junio, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el tratamiento tributario de los préstamos hipotecarios iba a ser el mismo, ya se tratase de préstamos empresariales o de préstamos entre particulares, consistiendo su tributación como «transmisión patri-

monial *inter vivos*» por el concepto de «préstamo» y en la tributación de la escritura por el gravamen fijo de cinco pesetas por pliego, quedando, en todo caso, las escrituras no sujetas al gravamen gradual del 0,50 por 100.

2.º La Ley de Régimen Transitorio de la Imposición Indirecta y la reforma del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

El régimen fiscal para el préstamo hipotecario que ha quedado reseñado cambia, primero, como consecuencia de la Ley sobre Régimen Transitorio de la Imposición Indirecta de 25 de septiembre de 1979 y, después, con la Ley 32/1980, de 21 de junio, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aunque la entrada en vigor de ambas leyes se situó en la misma fecha de 1 de julio de 1980. El cambio afectó a los siguientes aspectos:

- Los préstamos con garantía hipotecaria que constituyesen actos habituales del tráfico de las empresas ya quedaban «no sujetos» a la nueva modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas», pasando a tributar en el Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas.
- Además, hay que señalar, y muy especialmente, que se modifica la regulación del gravamen de «actos jurídicos documentados» sobre documentos notariales en el sentido de que la cuota gradual al 0,50 por 100 deja de ser incompatible con el Impuesto sobre el Tráfico de las Empresas. A partir de este momento, el préstamo hipotecario otorgado por entidades financieras, que deja de estar sujeto a «transmisiones patrimoniales onerosas» y pasa a tributar en el Impuesto sobre el Tráfico de las Empresas, va a quedar sujeto a un régimen distinto del aplicable al préstamo hipotecario entre particulares, ya que para la escritura que documente este último se seguirá aplicando la incompatibilidad con la cuota del 0,50 por 100, mientras que esa escritura va a tributar por la misma cuando incorpore un préstamo otorgado por entidades financieras.

Muy gráficamente, el artículo 18 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, va a dejar sentadas las diferencias que existen en el tratamiento de uno y otro tipo de préstamos:

«La constitución de préstamos garantizados con fianza, prenda, hipoteca y anticresis tributarán sólo por el concepto de préstamo. En consecuencia, los expresados préstamos que hayan satisfecho el impuesto por el concepto de Transmisiones Patrimoniales no estarán sujetos a Actos Jurídicos Documentados.

Los que estén sujetos al Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas quedarán, sin embargo, gravados por el concepto de Actos Jurídicos Documentados en el artículo 42 cuando concurren los requisitos previstos en el mismo».

Es decir, que según se desprende de la norma reglamentaria, se mantenía el «tratamiento unitario» para los préstamos con garantía de cualquier clase, pero en los empresariales con garantía hipotecaria, el tratamiento conducía a la tributación de la escritura por el gravamen gradual de «actos jurídicos documentados» sobre documentos notariales.

3.º La Ley sobre Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros.

Es con la Ley 14/1985, de 29 de mayo, de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros, con la que comienza el «iter legislativo» a que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997, calificándolo de «fatigoso y a veces contradictorio». Su disposición adicional segunda disponía que en el artículo 48. I. B) del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que contenía el catálogo de exenciones objetivas hasta aquel momento vigentes, se añadiese un número 19 en el que se declaraban exentos «los préstamos representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos emitidos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses, por los que se satisfaga una contraprestación establecida por la diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento, en cuanto a la modalidad del impuesto que recae sobre transmisiones patrimoniales onerosas. La exención se extenderá, asimismo, a las transmisiones posteriores de estos títulos». Dos explicaciones parece exigir este precepto en el intento de coadyuvar a aclarar un «iter legislativo» que ha merecido de nuestro más Alto Tribunal los calificativos de fatigoso y contradictorio: la primera, la razón de establecer una exención para una concreta modalidad de préstamos; la segunda, intentar explicar el porqué de limitar expresamente la exención a la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas».

Sobre la primera, se puede indicar que el gran desarrollo que estaban alcanzando algunas modalidades de emisión de títulos en serie, que se lanzaban al mercado con la finalidad de captar recursos ajenos en condiciones que facilitaban la opacidad fiscal de los beneficios obtenidos por los suscribientes, hizo pensar al legislador en la necesidad de modificar el régimen fiscal de dichos beneficios en la imposición directa. Pero, con este motivo, se puso de relieve la situación en que estas emisiones se encontraban en la imposición indirecta, situación de indudable sujeción a la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas» del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, ya que para efectos de esta modalidad se trataba de préstamos otorgados por personas o entidades que no se dedicaban habitualmente a la actividad de prestar, lo que excluía su sujeción del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, llevándolos a tributar, en todo caso, por la citada modalidad; y como esta sujeción podía obstaculizar una fuente de financiación empresarial que, una vez controlada fiscalmente en la imposición directa, se consideraba beneficiosa, de aquí que se pensase en el establecimiento de una exención en «transmisiones patrimoniales onerosas» para aquellas modalidades de emisión que, por su corta duración y gran movilidad, resultaban especialmente perjudicadas con su gravamen como préstamos entre particulares, ya que ello suponía pagar el 1 por 100 sobre el importe de la cantidad captada.

Sobre la limitación expresa de la aplicación de la exención a la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas», hay que entender que como este tipo de emisiones sólo podían tributar hasta este momento por el concepto de «préstamo» de la citada modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas», no planteándose problema alguno en relación con las restantes modalidades de «operaciones societarias» y «actos jurídicos documentados», la limitación expresa de la exención a la expresada modalidad obedecía a la otra novedad que esta ley contenía en relación con esta variedad de préstamos y esa novedad consistió en la creación de un nuevo gravamen documental sobre «documentos mercantiles», que perseguía la finalidad de que estos préstamos, que hasta ese momento tributaban en la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas» al tipo del 1 por 100, tributasen por unos tipos más asequibles (el 3%), acudiendo al procedimiento de gravar los documentos que incorporaban los mismos préstamos que se declaraban exentos en la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas».

Y para lograr esta finalidad, la ley modificó el artículo 33 del Texto Refundido, que contenía el hecho imponible del gravamen de «actos jurídicos documentados» sobre documentos mercantiles, para incluir en el mismo, junto a la letra de cambio, los documentos de giro, los sustitutivos de la letra y los certificados de depósitos a «los pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos emitidos en serie por plazo no superior a dieciocho meses, representativos de capitales ajenos, por los que se satisfaga una contraprestación establecida por la diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento».

En definitiva, como vemos, lo mismo que por la nueva exención se sustraía al gravamen como «préstamo», se sometía a un tipo de tributación más bajo, recurriendo al expediente de sujetar los documentos que incorporaban aquellas modalidades de préstamo a un tipo del 3 por 1.000. De aquí, quizá, la preocupación del legislador de precisar que la exención que se establecía sólo se refería a la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas», precisión quizás innecesaria ya que no existía posible confusión entre la materia gravada por el préstamo y la del nuevo gravamen documental sobre documentos mercantiles.

4.º La Ley reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Más general y amplio va a ser el cambio que en la tributación del préstamo se produce a partir del día 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido. Como es sabido, esta ley, para delimitar el ámbito de aplicación del nuevo tributo con la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas», abandona el criterio de la habitualidad, que estuvo vigente con el anterior Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, ya que el nuevo impuesto lleva a su órbita a todo el tráfico empresarial y profesional, sea habitual o no lo sea, sea típico o atípico. El resultado de esto es que la disposición adicional de esta ley se ve obligada a dar una nueva redacción al número 5 del artículo 7 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, destinado a coordinar la aplicación del impuesto con el empresarial respectivo, con lo que este apartado va a quedar redactado en los siguientes términos:

«No estarán sujetas al concepto de "transmisiones patrimoniales onerosas" del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados las operaciones enumeradas anteriormente (es decir, las que integran el hecho imponible de la expresada modalidad y, entre ellas, la constitución de préstamos) cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido...».

Con esta nueva redacción quedaba claro que a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, los préstamos y créditos concedidos por entidades financieras o por empresarios y profesionales en el ámbito de su actividad, aunque tuviesen carácter ocasional, van a quedar sujetos al nuevo impuesto en concepto de prestación de servicios (art. 7.2 de la ley), pero iban a quedar exentos, cualquiera que sea la persona o entidad que los realizase (art. 8.1.18). Por el contrario, el préstamo concedido por particulares o por empresarios o profesionales individuales con cargo a su patrimonio personal continuaba sujeto a la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas», aunque se concediesen a empresarios o profesionales y para la financiación de su actividad.

Pero como la aplicación del nuevo criterio delimitador podía plantear problemas de no fácil solución sobre la sujeción a uno u otro impuesto de la operación, en los casos de préstamos incorporados a títulos emitidos en serie, como pagarés, obligaciones, bonos, cédulas y demás títulos análogos, cuando pudiesen ser suscritos indistintamente por sociedades mercantiles y otras personas jurídicas no societarias, o por empresarios, profesionales o particulares, ya que para decidir la sujeción a un impuesto u otro, habría que atender a la naturaleza de los respectivos suscribientes y, en ocasiones, al carácter de la operación (en el ejercicio o no de la actividad, para empresarios o profesionales individuales), el legislador debió pensar en la distorsión que esto podía introducir en el régimen fiscal de una operación que financieramente e, incluso, jurídicamente, constituía una operación única, esta consideración, junto a otras que hacían referencia al régimen de exención establecido para el préstamo en el nuevo Impuesto sobre el Valor Añadido y a la inminente adhesión a la Comunidad Económica Europea, hay que pensar que fueron las que movieron al legislador para modificar el contenido de la exención del número 19 del artículo 48. I. B) del Texto Refundido, que había sido introducida unos pocos meses antes. Efectivamente, la disposición adicional de la Ley reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido daba nueva redacción al precepto para dejar exentos a «Los depósitos en efectivo y los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten, incluso los representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos. La exención se extenderá, asimismo, a la transmisión posterior de los títulos que documenten el depósito o el préstamo».

También en el intento de explicar la nueva redacción que se daba al precepto, pueden destacarse dos circunstancias en el mismo, una, la preocupación del legislador de citar expresamente lo que constituía uno de los motivos de la exención, es decir, a las emisiones en serie; otra, la de que, a diferencia de lo que ocurrió en la Ley 14/1985, la exención no se limitaba expresamente a la moda-

lidad de «transmisiones patrimoniales onerosas». La razón de la primera ya ha quedado expuesta; la de la segunda, hay que pensar que obedeció a entender que como, a diferencia de lo que entonces ocurrió, la ampliación de la exención no iba acompañada de la creación de ningún nuevo gravamen documental, no era preciso explicitar su ámbito y contenido.

Pero el examen de la tramitación del proyecto de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido permite afirmar que en aquel momento no pasó desapercibida para sus redactores la situación que se iba a producir con la nueva redacción que se daba al artículo 48. I. B) 19 sobre la base de que la exención que se establecía, como ocurría en la modificación anterior y aunque ahora no se indicase expresamente, sólo era aplicable al hecho imponible préstamo, pero no a los gravámenes documentales que existían y podían recaer sobre documentos que incorporaban préstamos, es decir, el del artículo 31.2 del Texto Refundido, sobre documentos notariales, que podía afectar a los préstamos hipotecarios sujetos a IVA, y el del artículo 33 del mismo texto, para el gravamen sobre documentos mercantiles creado por la Ley de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros y que, como consecuencia de esta no aplicación de la exención a la modalidad de «actos jurídicos documentados», una de las consecuencias de la nueva redacción iba a ser la de que unas modalidades de emisiones de títulos a las que la Ley 14/1985 había querido dar un tratamiento más favorable por su duración y movilidad, iban a quedar, a partir de 1 de enero de 1986, con un régimen tributario más oneroso que las demás, ya que para éstas era aplicable el nuevo régimen de exención total, mientras que para aquéllas perduraba la sujeción sin exención al gravamen documental al 3 por 1.000, implantado en mayo anterior. Efectivamente, si se examina la tramitación del proyecto de Ley reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, se comprueba que al proponer la Administración a la ponencia parlamentaria encargada de su tramitación la modificación de la exención, se proponía también la supresión del gravamen documental sobre documentos mercantiles a que se ha hecho referencia y que había sido creado unos meses antes; pero como esta propuesta común se realizaba cuando la discusión parlamentaria del proyecto se encontraba en su última fase y la supresión del gravamen documental mercantil exigía la modificación de los artículos 33, 34, 36 y 37 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la ponencia, alegando la situación avanzada en que se encontraba la discusión del proyecto, sólo aceptó la parte que se refería a la modificación de la exención demorando la supresión del gravamen documental sobre documentos mercantiles para un momento posterior.

Pero como entre lo que pretende decir una determinada norma, sea fiscal o no, y lo que realmente dice una vez publicada y puesta en vigor, puede existir diferencias, las vicisitudes posteriores a la nueva redacción dada a la exención contenida en el número 19 del artículo 48. I. B), a que nos venimos refiriendo, permiten afirmar que no fue muy afortunada, por lo que a partir de 1 de enero de 1986 se multiplicaron las interpretaciones favorables a la extensión de la exención, tal como quedaba redactada, tanto al gravamen documental sobre documentos notariales del artículo 31.2, como al gravamen específico sobre documentos mercantiles introducido por la Ley 14/1985, invocando precisamente que la nueva exención, a diferencia de la anterior, no limitaba expresamente su aplicación a la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas», en contra de la postura de la Administración tributaria que mantenía la vigencia de uno y otro.

5.º La Ley 32/1987, de 22 de diciembre, de ampliación del alcance y condiciones de la cesión del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a las Comunidades Autónomas.

No obstante, la idea de la Administración tributaria de que la redacción de la exención ampliada por la Ley reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido se refería exclusivamente a «transmisiones patrimoniales onerosas», no afectando ni al gravamen sobre documentos mercantiles que incorporaban préstamos representados por títulos emitidos en determinadas condiciones ni tampoco al gravamen gradual sobre documentos notariales, vuelve a ponerse de manifiesto con motivo de la discusión del proyecto de esta ley. Porque del examen de su tramitación, se desprende que, pese a que la finalidad de la misma era la de ceder a las Comunidades Autónomas el rendimiento y la gestión del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, se propuso que en el mismo no figurase un punto de conexión para efectos de atribuir a las Comunidades Autónomas el rendimiento obtenido del gravamen documental que recaía sobre estas emisiones. No obstante, prevaleció la postura de las Comunidades Autónomas interesadas, en el sentido de que, tratándose de un gravamen vigente, mientras no desapareciese, la ley debía incluir un punto de conexión para los efectos de atribuir sus rendimientos y así aparece en la ley, atribuyéndolo a las Comunidades Autónomas donde se realizase la emisión. Y de la incorporación a la Ley 32/1987 de un punto de conexión para el gravamen documental específico sobre documentos mercantiles parece desprenderse la consecuencia de que el legislador, después de una discusión parlamentaria en la que no admitió la propuesta de la Administración tributaria de no incluir un punto de conexión para el gravamen específico documental, admite su subsistencia efectiva, es decir, sin aplicación de exención, porque la nueva redacción no abarcaba al gravamen documental mercantil y si no alcanzaba a un gravamen específico que sólo podía aplicarse a documentos destinados a incorporar préstamos, menos podía alcanzar al gravamen documental genérico sobre primeras copias de escrituras notariales que, tanto podían incorporar préstamos inscribibles como cualesquiera otros actos o contratos que teniendo por objeto actos o contratos valuables tuviesen la misma condición de inscribibilidad.

6.º La Ley de Presupuestos para 1988.

No obstante, la cesión del gravamen documental sobre documentos mercantiles a las Comunidades Autónomas iba a producir nulos efectos recaudatorios, ya que en el mismo momento en que debía comenzar a producirlos, es decir, el 1 de enero de 1988, la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, daba por tercera vez nueva redacción al número 19) del artículo 48. I. B) del Texto Refundido. Su artículo 104.5 lo redactaba nuevamente declarando ahora exentos a «Los depósitos en efectivo y los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten, incluso los representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos. La exención se extenderá a la transmisión posterior de los títulos que documenten el depósito o el préstamo, así como al gravamen de actos jurídicos documentados que recaen sobre los pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos emitidos en serie por plazo no superior a dieciocho meses, representativos de capitales ajenos, por los que se satisfaga una contraprestación por diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento».

Con esta redacción quedaba así cerrado el «iter legislativo» a que se refiere la Sentencia de 19 de abril de 1997, porque es la que se mantiene en el artículo 45. I. B) 15 del Texto Refundido vigente. Y después de lo expuesto en los números anteriores, parece clara cuál era la finalidad perseguida por la nueva redacción: hacer desaparecer el diferente tratamiento tributario que existía para las emisiones de títulos que incorporaban préstamos en determinadas condiciones (emitidos en serie, «al descuento», y a corto plazo) que, como hemos visto, seguían sujetas al gravamen documental del 3 por 1.000 creado en la Ley 14/1985, ya que, consciente el legislador de la situación perjudicial que se producía para las emisiones a las que se había querido favorecer, en el mismo momento en que la cesión de este gravamen debía comenzar a surtir efectos, es decir, 1 de enero de 1988, la Ley de Presupuestos para este año da nueva redacción al anteriormente modificado número 19 del artículo 48. I. B), precisamente para ampliar la exención en materia de préstamos al gravamen documental que se cedía y que había sido creado por la Ley 14/1985. Dada la limitación establecida en la Constitución para que las Leyes de Presupuestos puedan introducir modificaciones en las leyes tributarias, la aprobada para el año 1988 no podía establecer la no sujeción que se había pretendido anteriormente, pero, en cambio, sí podía regular, por autorización explícita del Texto Refundido, nuevos casos de exención, por lo que se acudió a este procedimiento, hasta que por una ley ordinaria se suprimiese el gravamen, para evitar el tratamiento discriminatorio para las emisiones a las que, inicialmente, se quiso favorecer.

IV. EL «ITER JUDICIAL». LA CUESTIÓN ANTE LOS TRIBUNALES. PRONUNCIAMIENTOS ANTERIORES DEL TRIBUNAL SUPREMO

Expuesto el «iter legislativo», pasamos ahora a examinar cómo, con anterioridad a la Sentencia de 19 de abril de 1997, la cuestión sobre tratamiento de las escrituras de préstamo hipotecario en el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados se había planteado ante los Tribunales hasta llegar al Tribunal Supremo. De manera directa y específica, esto había ocurrido en dos distintas ocasiones.

A) Primer planteamiento de la cuestión.

Por primera vez, surge la cuestión para las escrituras otorgadas a partir del día 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, y surge, precisamente, como consecuencia de la nueva redacción que en la disposición adicional de esta ley se daba al citado número 19 del artículo 48. I. B), en la que, como antes hemos visto, a diferencia de lo que ocurrió en la modificación anterior, no se hacía referencia a la limitación de la exención a la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas». Por ello, puede parecer lógico que en diferentes reclamaciones y recursos se alegase, fundamentalmente, que si al establecerse por primera vez una exención para el préstamo, se hacía referencia expresa a que la misma era aplicable a la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas», como se decía en la redacción dada por la Ley 14/1985, de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros, al no limitarse en el mismo sentido la exención en la redacción dada por la disposición adicional de la Ley

del Impuesto sobre el Valor Añadido, debía ser aplicable en todas las modalidades del impuesto en las que el préstamo pudiese quedar afectado y, por tanto, en la de «actos jurídicos documentados» sobre documentos notariales. Se invocaba, además, en defensa de esta postura la redacción con la que comenzaba el artículo 48 del Texto Refundido del Impuesto, destinado a recoger las exenciones, que en su primer párrafo indicaba que «Los beneficios fiscales aplicables en cada caso a las tres modalidades de gravamen a que se refiere el artículo 1.º de la presente ley ("transmisiones patrimoniales onerosas", "operaciones societarias" y "actos jurídicos documentados") serán los siguientes...».

Pues bien, la cuestión así surgida por primera vez quedó zanjada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1989, que por estar dictada en recurso extraordinario de apelación en interés de ley, fijó como doctrina legal en esta materia, como hemos indicado ya al principio de este trabajo, la de la no aplicación de la exención al gravamen documental que recayese sobre las escrituras «otorgadas durante la vigencia del Art. 48-I-B-19 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, en la redacción dada por la disposición adicional de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido...». Como Fundamentos de Derecho de este pronunciamiento, la sentencia establecía los siguientes:

Primero:

- a) que el primitivo Texto Refundido no contenía el mencionado apartado 19;
- b) que este apartado fue introducido por la disposición adicional segunda de la Ley 14/1985, de 29 de mayo, de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros, modificado por la de 2 de agosto de 1985 del Impuesto sobre el Valor Añadido y, posteriormente, vuelto a modificar por la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, recogiendo las tres sucesivas redacciones;
- c) que de una primera lectura de estos preceptos se desprende que en la Ley de Activos Financieros la exención claramente estaba referida a la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas» y no al gravamen de «actos jurídicos documentados» y que otro tanto parece que se quiere entender de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido cuando se refiere a la «transmisión» posterior de los títulos;
- d) por el contrario, es en la Ley de Presupuestos para 1988 cuando, claramente, se hace referencia a la exención de la «transmisión» y del «gravamen sobre actos jurídicos documentados».

Segundo: analiza la sentencia el gravamen de «actos jurídicos documentados», haciendo específica referencia a los documentos notariales y a sus dos modalidades, estableciendo cuáles son los cuatro requisitos exigibles para que proceda la cuota variable:

- a) que se trate de primeras copias de escrituras y actas notariales;
- b) que en unas y otras se contengan actos o contratos valuables;
- c) que tales actos o contratos no estén sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas ni al que grava las Operaciones Societarias; y
- d) que los actos o contratos contenidos en tales primeras copias de escrituras y actas sean inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial.

Y añade que las escrituras que documentan préstamos hipotecarios es claro que reúnen los requisitos a), b) y d), por lo que se trata de dilucidar si concurre el requisito c), es decir, que no se hallen sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Y como el artículo 15.1 del Texto Refundido dice que la constitución de las fianzas, hipotecas, prendas y anticresis en garantía de un préstamo tributarán sólo como préstamo y, por su parte, la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido establece en el artículo 7.2.12 que los préstamos y créditos tienen la consideración de prestación de servicios y por tanto sujetos al nuevo impuesto cuando se realicen por «empresarios o profesionales a título oneroso con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional», disponiendo el artículo 3.3 que «Las operaciones sujetas a este Impuesto no estarán sujetas al concepto de "transmisiones patrimoniales onerosas" del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales», llega a la conclusión de que la constitución de hipoteca, al tributar como préstamo, no está sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, sino al Impuesto sobre el Valor Añadido cuando se realice por empresarios o profesionales en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional. De ahí que también se cumple la condición del apartado c), consistente en que el contenido del documento notarial no se halla sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Tercero: continúa diciendo que de lo expuesto cabe afirmar, de una parte, que el sentido del apartado 19 citado, redactado por la Ley de Activos Financieros y por la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido claramente otorgaba la exención de «transmisiones patrimoniales onerosas» y no de «actos jurídicos documentados» y, de otra, que al no estar sujetos a «transmisiones patrimoniales onerosas» los préstamos hipotecarios realizados por profesionales o empresarios, caen dentro de la sujeción a «actos jurídicos documentados» por imperio del artículo 31.2 del Texto Refundido del Impuesto. Es más, el sentido y la dicción literal que contiene el artículo 48.I.B) 19, con arreglo a la redacción de la Ley de Activos Financieros difícilmente puede comprender el concepto de «escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria», a que se refiere el recurso, porque el precepto atañe a los préstamos instrumentados mediante pagarés, bonos, obligaciones o títulos análogos emitidos en serie -no a escrituras públicas notariales- cuyo vencimiento no sea superior a 18 meses -cosa que puede, o no, ocurrir en el crédito hipotecario- y por los que se satisfaga una «contraprestación establecida por diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento», que no es tampoco la forma típica de remunerar las obligaciones hipotecarias garantizadas. El precepto, pues, se orienta claramente a la instrumentación de operaciones propias

de la actividad financiera y no al que concierne al crédito territorial inmobiliario. En análogos, aun cuando más lacónicos términos, se expresa la redacción dada al precepto por la Ley 30/1985, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, donde la exención se relega a los depósitos en efectivo «y a los préstamos cualquiera que sea la forma en que se instrumenten, incluso los representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos», asimismo propios de la actividad financiera y no del crédito inmobiliario.

En definitiva, la parte dispositiva de la sentencia concluye diciendo que las escrituras públicas, «otorgadas en el período temporal comprendido entre el día 1 de enero de 1986 y el 1 de enero de 1988», están sujetas al gravamen de Actos Jurídicos Documentados.

B) Segundo planteamiento de la cuestión.

La cuestión se va a plantear de nuevo concretamente para las escrituras de préstamo hipotecario otorgadas a partir de 1 de enero de 1988 y estando ya vigente la redacción dada por la Ley de Presupuestos para el año 1988 al apartado 19 del artículo 48. I. B) del Texto Refundido. Y sin duda, influyó en el nuevo planteamiento la circunstancia de que, cuando el Tribunal Supremo se manifestaba en los términos que han quedado expuestos anteriormente, ya se encontraba en vigor, desde 1 de enero de 1988, la nueva redacción del número 19 del artículo 48. I. B) del Texto Refundido por la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988. Pues bien, es en esta nueva redacción y en los límites temporales que, como hemos visto, establecía la anterior sentencia del Tribunal Supremo, en la que se apoyaron otras diversas de Tribunales de lo Contencioso-Administrativo para declarar la procedencia de aplicar a las escrituras otorgadas a partir del día 1 de enero de 1988 la exención prevenida en el artículo 48. I. B) 19 del Texto Refundido, tal como este precepto quedó redactado por el artículo 104.5 de la citada Ley 33/1987.

Entre las sentencias a que se hace referencia están la de 11 de octubre de 1990, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja; la de 26 de abril de 1991, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía; la de 13 de junio de 1991, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía; y la de 4 de diciembre de 1991, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

Los pronunciamientos de estas cuatro sentencias son coincidentes en cuanto al extremo de declarar improcedentes las liquidaciones giradas por el referido gravamen documental, pero los fundamentos jurídicos en que apoyan esta declaración, no solamente no siempre coinciden, sino que en ocasiones son contradictorios entre sí, aunque es cierto que parten de una afirmación común, que es la de que desde 1 de enero de 1988 ya no era aplicable la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1989 que, por estar dictada en recurso de apelación extraordinario en interés de ley, sentó doctrina legal en el sentido indicado. Esta conclusión la apoyan las sentencias en la literalidad de los términos que figuran en la parte dispositiva de la dictada por el Tribunal Supremo, que anteriormente han quedado transcritos.

La reiteración de las referencias que estas sentencias hacen al carácter temporal que la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1989 daba a la doctrina legal que establecía y, en ocasiones, la afirmación de que ello ocurría cuando ya estaba aprobada otra redacción del precepto, que iba a ser aplicable desde el día 1 de enero de 1988, parece responder a una interpretación de la misma en el sentido de que el propio Tribunal Supremo entendía que con la nueva redacción, a partir de la indicada fecha de 1 de enero de 1988, la doctrina que establecía, no ya sólo no sería aplicable, sino que, más bien, sería aplicable la contraria de aplicación de la exención al referido gravamen documental.

Pero como hemos visto, la Administración tributaria era contraria a esta interpretación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1989, porque entendía que su lectura no apoyaba la conclusión anterior y que del conjunto de la misma se desprendía que el hecho de marcar expresamente unos límites temporales para la doctrina legal que establecía tenía su única causa en la petición expresa y concreta de la parte actora, que era la Administración que había interpuesto el recurso y que había formulado su pretensión solicitando expresamente que el pronunciamiento tuviese esos límites temporales y, en congruencia con esta petición de la Administración, la sentencia se manifestaba recogiendo los mismos términos que figuraban en la pretensión. Así resulta del Fundamento de Derecho Primero de la sentencia en el que se recoge la petición del Abogado del Estado, destacando la limitación temporal del mismo, ya que queda circunscrita al tiempo que media entre el 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, y el 1 de enero de 1988, a partir del cual sería aplicable la nueva redacción dada al apartado 19 del artículo 48. I. B) por la Ley 33/1987, de Presupuestos Generales del Estado para 1988.

Es decir, los límites temporales que se establecían en el pronunciamiento del Tribunal Supremo eran consecuencia obligada de la aplicación del principio de congruencia, al ajustarse el fallo a la pretensión deducida por el actor. Siendo esto así, el problema quedaba circunscrito a intentar precisar cuáles fueron las razones que impulsaron al representante de la Administración, el Abogado del Estado, para formular la pretensión marcando los límites temporales a que se ha hecho referencia. Y el examen de los autos revela que la razón para ello obedeció a la circunstancia de entender que, a partir de la nueva redacción dada al número 19 del artículo 48. I. B) por la Ley de Presupuestos para 1988, la no aplicación de la exención al gravamen gradual de «actos jurídicos documentados» sobre documentos notariales que incorporasen préstamos hipotecarios sujetos, como tales préstamos, al Impuesto sobre el Valor Añadido, ya no podía ofrecer duda, dado que la primera vez que, de modo expreso, se declara aplicable al gravamen sobre «actos jurídicos documentados», la norma se cuidaba de precisar la modalidad concreta a que se refería, precisamente la creada por la Ley 14/1985, de 29 de mayo, que recaía sobre ciertos documentos mercantiles, con la consecuencia de no inclusión en la exención de las demás modalidades documentales.

Pues bien, interpuesto por la Administración del Estado recurso extraordinario de apelación en interés de ley, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, el Tribunal Supremo dicta Sentencia en 9 de octubre de 1992, en cuya parte dispositiva se dice:

«Que estimando el recurso extraordinario de apelación en interés de Ley interpuesto por el Abogado del Estado contra sentencia de....., respetando la situación jurídica particular derivada del pronunciamiento contenido en la misma, fijamos como doctrina legal que las escrituras públicas que contengan préstamos hipotecarios efectuados en el ámbito de la actividad profesional o empresarial están sujetas y no exentas del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 104.5 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988; sin declaración sobre el pago de costas».

Los fundamentos del Tribunal Supremo para ratificar la doctrina que había establecido en la anterior Sentencia de 2 de octubre de 1989 son, en esencia, los siguientes:

Primero: que tanto el epígrafe del Título IV del Texto Refundido del Impuesto, «Disposiciones Comunes», como el párrafo que encabeza el artículo 48 del mismo, al referirse a que las exenciones que establece serán aplicables a «las tres modalidades del impuesto», mantienen la misma redacción que tenían cuando se dictó la Sentencia de 2 de octubre de 1989, por lo que no puede argumentarse en favor de la exención con base a una nueva redacción que no afectó a dichos extremos.

Segundo: que el precepto citado ya matiza que los citados beneficios para las tres modalidades del impuesto serán aplicables «en cada caso», lo que excluye su aplicación general en las tres.

Tercero: que, a estos efectos, el artículo 48.I.B) enumera las exenciones matizando los hechos imposables a que cada una se refiere, por lo que si la exención del número 19 se refiere a los préstamos, no cabe entenderla ampliada al hecho imponible distinto del otorgamiento de una escritura notarial en la que se documenta la concesión del mismo.

Cuarto: que a la anterior doctrina no se opone la circunstancia de que los préstamos hipotecarios otorgados por entidades financieras no estén sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales sino al Impuesto sobre el Valor Añadido, pues el artículo 7.1.B) de aquél sujeta la constitución de préstamos sin condicionamiento ni limitación alguna.

Quinto: que la normativa comunitaria armonizada en nada afecta al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

Sexto: que la nueva redacción de la exención dada por la Ley de Presupuestos para 1988 mantiene íntegramente la redacción anterior, añadiendo un párrafo que aclara cualquier duda que pudiera existir con anterioridad sobre el alcance de la exención, al especificar que la exención se refiere al gravamen sobre documentos mercantiles que recaen sobre pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos emitidos en serie por plazo no superior a 18 meses, repre-

sentativos de capitales ajenos por los que se satisfaga una contraprestación por diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento, en la que no se halla comprendido el documento notarial.

V. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CITADAS EN LA DE 19 DE ABRIL DE 1997, QUE SE INVOCAN COMO CONSTITUTIVAS DE LA DOCTRINA LEGAL QUE EL TRIBUNAL DECLARA APLICAR EN EL CASO CONCRETO QUE RESUELVE

La Sentencia de 19 de abril de 1997, en el párrafo segundo de su Fundamento de Derecho primero, dice literalmente que «Se incide nuevamente en una cuestión que cuenta con una abundante doctrina de esta Sala, iniciada, fundamentalmente, por las sentencias de 2 y 24 de octubre de 1989 y continuada por una serie en la que, como más recientes, destacan las de 25 de octubre, 29 de noviembre y 15 de diciembre de 1995 y 24 de febrero de 1996». Y en el Fundamento de Derecho Segundo añade que «la sentencia apelada recoge concisa y suficientemente la anterior doctrina, debiendo, por tanto, desestimarse el recurso al ser insostenible la alegación de la parte reclamante, que trata de ignorar la ampliación de las exenciones, efectuada por la Ley de Presupuestos de 1987».

Prescindiendo de las dos sentencias del año 1989 citadas en primer lugar, cuyo pronunciamiento, por estar limitado temporalmente a efectos de su aplicación, fue el que dio lugar al nuevo surgimiento de la cuestión, se examinan las calificadas por el propio Tribunal como «más recientes», si bien con la indicación expresa, como ya se ha indicado con anterioridad, de que no se descarta la posibilidad de que puedan existir otras del mismo Tribunal Supremo y de las mismas fechas, que no se hayan podido localizar y que sean las realmente constitutivas de la doctrina que la de 1997 invoca. Las examinadas del Tribunal Supremo, que coinciden con las fechas que se indican en la de 19 de abril de 1997, son las cuatro siguientes:

1.ª Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, del Tribunal Supremo de fecha 25 de octubre de 1995.

En la que se ha podido localizar de la fecha indicada, destacan las siguientes notas:

- Recayó en recurso extraordinario de revisión interpuesto por la Generalidad Valenciana contra Sentencia firme de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 4 de diciembre de 1991.
- El recurso extraordinario fue interpuesto por contradicción de la doctrina aplicada en la sentencia impugnada con la mantenida en Sentencias anteriores del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1989 y las de 3 de enero, 8 y 11 de marzo y 3 de abril de 1991, que decla-

raban no aplicable la exención del artículo 48. I. B) 19 del Texto Refundido, en la redacción dada por la Ley 33/1987, de Presupuestos para el año 1988, a las escrituras notariales que documentasen la concesión de préstamos hipotecarios por entidades financieras.

- La sentencia recurrida, sin desconocer las sentencias que se citaban en el recurso como contradichas, «reconsidera la cuestión controvertida y le da nueva solución», entendiendo improcedente el gravamen.
- La Sentencia de 25 de octubre de 1995, después de hacer referencia a estos antecedentes, dice que «se impone, pues, disipar la contradicción y determinar la doctrina jurídica correcta» y que esta doctrina jurídica correcta no es otra que la contenida en las sentencias del Supremo citadas y aun en otras posteriores como la de 9 de marzo, según la cual «las escrituras notariales que formalicen dichos negocios jurídicos se hallan sujetas al gravamen de Actos Jurídicos Documentados, en contra del criterio de la sentencia impugnada, cuya rescisión se muestra por ello procedente».
- En el intento de poder contemplar todos los aspectos de la cuestión debatida y a los efectos prácticos a que responde el análisis que se está realizando, parece conveniente hacer una aclaración con relación a esta sentencia y esta aclaración es la de que mientras en la recurrida se debatía la cuestión de la aplicación de la exención del artículo 48. I. B) 19 del Texto Refundido, en la redacción dada por la Ley de Presupuestos para el año 1988, en la que estima el recurso extraordinario de revisión contra la misma, no se entra directamente en el problema concreto de la aplicación de la citada exención, porque se limita a decir que «las escrituras notariales que formalicen dichos negocios jurídicos (préstamos hipotecarios) se hallan sujetas al gravamen de Actos Jurídicos Documentados, en contra del criterio de la sentencia impugnada, cuya rescisión se muestra por ello procedente» pero sin hacer referencia a la aplicación de la exención.

2.ª Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 2.ª, del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1995.

De esta fecha sólo se ha podido localizar una sentencia del Tribunal Supremo que no guarda relación con la cuestión examinada ya que se refiere a la prescripción del derecho de la Administración para practicar liquidación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por la transmisión en documento privado de un inmueble, con subrogación del comprador en el pago de una deuda de la vendedora, contraída a favor de determinada entidad financiera y que estaba garantizada con hipoteca.

3.ª Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 2.ª, del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1995.

En la sentencia que se ha podido localizar destacan las siguientes notas:

- El recurso se interpone ante el Tribunal Supremo por la Junta de Andalucía contra una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de septiembre de 1991, parcialmente estimatoria del anterior recurso interpuesto por la Junta contra resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Granada que había estimado la reclamación promovida por una entidad financiera contra liquidación girada en concepto de Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, con motivo de la constitución de un préstamo con garantía prendaria, que se discutía si estaba o no sujeto y exento, o no, por el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.
- El Tribunal Supremo, antes de entrar en el examen de la cuestión de la sujeción y exención, estima necesario precisar previamente si la entidad financiera apelante, entidad a la que se le había incoado el acta e instruido el expediente administrativo, era o no el sujeto pasivo, pues, de no serlo, la decisión a adoptar debería limitarse a anular las actuaciones, sin pronunciamiento sobre la tributación de la operación.
- Entrando en el análisis de la cuestión previa indicada, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso por entender que en la entidad financiera apelante, la prestamista en el caso debatido, no concurría la condición de sujeto pasivo, por lo que procedía a acordar la anulación de lo actuado, incluso del acta de Inspección, con retroacción de las actuaciones para incoar otra acta a nombre del verdadero sujeto pasivo, que era el prestatario.

4.ª Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 2.ª, del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1996.

Esta última sentencia nos parece especialmente interesante a efectos de la cuestión que estamos examinando, porque en la misma destaca la circunstancia de que, como veremos, el Tribunal Supremo, después de indicar que en el caso que resuelve, por razón de la fecha de los contratos de préstamo hipotecario, que habían sido convenidos en 1987, no era aplicable la exención del artículo 48. I. B) 19 del Texto Refundido, tal como quedó redactado por la Ley de Presupuestos para 1988, ello no obstante entra en el análisis del alcance de esta exención con la nueva redacción para el futuro, con la conclusión de que tampoco es aplicable al gravamen que recae sobre documentos notariales. En la sentencia destacan las siguientes notas:

- El recurso es interpuesto por la entidad prestataria, que había presentado autoliquidaciones sin consignar base alguna, por lo que la oficina gestora practicó liquidación incluyendo en la base imponible el principal de los préstamos, más intereses, gastos y costas. En reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Sevilla, la prestataria alegaba tanto la inclusión de la base imponible de intereses, gastos y costas, como la procedencia de aplicar la exención del artículo 48. I. B) 19 del Texto Refundido, tal como el precepto quedó redactado por la Ley reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido. Desestimada la reclamación e interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la entonces Audiencia Territorial de Sevilla, también el recurso fue desestimado.

- Interpuesto por la entidad reclamante recurso de apelación contra la sentencia de la Audiencia, el Tribunal Supremo analiza primero la cuestión de cuál deba ser la base imponible de la liquidación a girar por el gravamen de Actos Jurídicos Documentados, para llegar a la conclusión de que debe incluir tanto el principal, como intereses, gastos y costas. Pero después de resolver sobre esta cuestión, entra en el examen de la aplicación o no de la exención y haciendo referencia a la fecha de los contratos, concertados el día 4 de marzo de 1987 y destacando que la fecha es importante, porque determina el Derecho aplicable, indica cómo ha ido evolucionando la redacción de la exención del número 19 del artículo 48. I del Texto Refundido, para concluir que con las redacciones del precepto en la Ley de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros y en la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido la exención no era aplicable al gravamen de Actos Jurídicos Documentados, para indicar a continuación literalmente que «Ante las dudas que, no obstante, suscitó la interpretación de este precepto, la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio de 1988 (art. 104.5), con efectos de 1 de enero de 1988 (no aplicable directamente al caso de autos), dispuso: "B) Estarán exentos: ...19. Los depósitos en efectivo y los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten, incluso los representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos. La exención se extenderá a la transmisión posterior de los títulos que documenten el depósito o el préstamo, así como al gravamen de actos jurídicos documentados que recaen sobre pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos, emitidos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses, representativos de capitales ajenos, por los que se satisfaga una contraprestación por diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento". Esta nueva redacción del precepto dejó claro que la exención por Actos Jurídicos Documentados sólo alcanza a los activos financieros con rendimiento implícito, incorporados a títulos valores de plazo no superior a 18 meses, pero no a los préstamos hipotecarios ordinarios representativos de capitales ajenos». Como conclusión, la sentencia desestima el recurso interpuesto.

Como conclusión de este apartado, creemos que puede afirmarse que del examen de las cuatro sentencias que hemos examinado, coincidentes en sus fechas con las que aparecen en la Sentencia de 19 de abril de 1997, no se desprende en manera alguna que la doctrina «abundante y reiterada» de la Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo haya sido la de entender aplicable a partir de 1 de enero de 1988 la exención del artículo 48. I. B) 19 del Texto Refundido, en la redacción recibida por la Ley de Presupuestos para el año 1988, a las escrituras de préstamo hipotecario otorgado por entidades financieras, sino más bien la contraria de que la exención es aplicable exclusivamente al gravamen de Actos Jurídicos Documentados sobre documentos mercantiles, creado por la Ley de 29 de mayo de 1985. Así resulta directamente de la Sentencia en interés de ley de 9 de octubre de 1992, a que se ha hecho referencia en el examen del iter legislativo e, incluso, de esta última Sentencia de 24 de febrero de 1996.

VI. CONSECUENCIAS DE LA NUEVA SENTENCIA Y ALTERNATIVAS QUE PUEDEN PLANTEARSE

A la vista de lo expuesto, se estima que podrían establecerse las siguientes conclusiones:

Primera: si no existen en esta materia otras sentencias, distintas de las examinadas, de las que pudiera desprenderse una doctrina contraria a la que, en general, se desprende de éstas, consistente en la no aplicación de la exención establecida actualmente en el apartado 15 del artículo 45.I.B) del Texto Refundido del Impuesto a las primeras copias de escrituras notariales que documenten la constitución o cancelación de préstamos hipotecarios otorgados por entidades financieras o, en general, por empresarios o profesionales que actúen en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, no parece que pueda admitirse que, salvo lo que resulta de la Sentencia de 19 de abril de 1997, el Tribunal Supremo hubiese establecido con anterioridad una doctrina en el sentido de la que dice aplicar en la nueva. Por consiguiente, de conformidad con el criterio de que para que exista «jurisprudencia» es preciso la existencia, al menos, de dos sentencias en el mismo sentido, no puede afirmarse que exista «jurisprudencia» que sostenga que la exención que actualmente figura en precepto indicado del Texto Refundido del Impuesto sea aplicable, no ya solamente a las escrituras notariales que se otorguen en lo sucesivo, sino incluso a las anteriores, pero otorgadas con posterioridad a 1 de enero de 1988, en las que se documente bien la constitución de préstamos hipotecarios otorgados por entidades financieras, o bien la cancelación de hipotecas en garantía de préstamos otorgados por cualquier persona.

Segunda: mientras no exista, al menos, un segundo pronunciamiento del Tribunal Supremo en idéntico sentido que recoge la Sentencia de 19 de abril, no parece probable que la Administración tributaria admita ni la presentación de autoliquidaciones sin ingreso por invocar la existencia de la exención ni peticiones de devolución con relación a autoliquidaciones ya ingresadas, por lo que si se adoptan estas posturas, es de prever que la Administración, o bien girará liquidaciones complementarias o bien denegará las peticiones de devolución, notificando en ambos casos los correspondientes actos administrativos, con expresión de los recursos procedentes.

Tercera: ante las dudas que, evidentemente, pueden surgir sobre la cuestión de si el Tribunal Supremo ratificará en pronunciamientos sucesivos el criterio mantenido en la Sentencia de 19 de abril o volverá al que parece más permanente en su doctrina de la no aplicación de la exención, no parece aconsejable la presentación de peticiones de devolución de autoliquidaciones ingresadas correspondientes a escrituras posteriores a 1 de enero de 1988, a menos que esté próximo a transcurrir el plazo de prescripción desde el ingreso.

Cuarta: en cambio, cuando el expresado plazo de prescripción esté a punto de transcurrir, para evitar la prescripción del derecho a la devolución de ingresos indebidos, debería procederse a presentar el correspondiente escrito solicitando la rectificación de la autoliquidación y la devolución del ingreso que resulta indebido.

Quinta: por lo que se refiere a escrituras notariales de constitución o cancelación de préstamos hipotecarios otorgadas en lo sucesivo, el sujeto pasivo deberá optar entre las posturas de presentar la autoliquidación con ingreso o sin ingreso, invocando, en este último caso, la aplicación de la exención de conformidad con el criterio del Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de abril de 1997. En el ejercicio de esta opción, el sujeto pasivo tendrá en cuenta sus circunstancias personales, bajo la idea de que la presentación del impreso de declaración-liquidación sin ingreso dará lugar, probablemente, a la notificación de una liquidación complementaria con aplicación de intereses de demora al tipo del 7,50 por 100, lo que implicará para los interesados que deseen mantener la postura favorable a la exención el entrar en las vías correspondientes de reclamación, primero, en recurso de reposición o reclamación económico-administrativa y, posteriormente, ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sexta: que, como ya se desprende de los términos anteriores, se estima que, en cualquier caso, lo que se ha venido exponiendo es aplicable, tanto a las escrituras de constitución de préstamos hipotecarios otorgados por entidades financieras o empresarios o profesionales en el ejercicio de su respectiva actividad, como a las de cancelación de todo tipo de préstamos hipotecarios, ya hayan sido otorgados por entidades financieras, por empresarios, por profesionales o por particulares, por cuanto que en cualquiera de estos tipos de escrituras concurrirá el requisito exigido de no sujeción del acto o contrato incorporado a estas escrituras a la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas» para que pueda darse la sujeción de las primeras copias de estas escrituras al gravamen gradual al 0,50 por 100 de Actos Jurídicos Documentados sobre documentos notariales, siendo la previa sujeción a este gravamen documental condición inexcusable para poderse plantear posteriormente la cuestión de la aplicación o no de la exención a que venimos haciendo referencia.