

**BASE DE DATOS NORMACEF FISCAL Y CONTABLE**

Referencia:NFJ057137

**TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia de 15 de enero de 2015**Sala de lo Contencioso-Administrativo**Rec. n.º 1929/2013***SUMARIO:**

**ITP y AJD. Actos jurídicos documentados. Documentos notariales. Préstamos hipotecarios.** *Recurso de casación para la unificación de doctrina.* El pacto anticrético es un mero pacto de vinculación para las partes, pero sin producción de efectos respecto de terceros, no resultando por ello inscribible en el Registro de la Propiedad y por tanto sujeto al Impuesto. [Vid., en sentido contrario, STSJ de Madrid, de 25 de octubre de 2012, recurso n.º 1266/2009 (NFJ057139), que se casa y anula en esta sentencia y, en el mismo sentido, STSJ de Madrid, de 17 de junio de 2011, recurso n.º 411/2009 (NFJ057140) y, de 17 de junio de 2011, recurso n.º 412/2009 (NFJ057136), que se utilizan de contraste].

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1993 (TR Ley ITP y AJD), arts. 15, 28 y 31.2.

RD 828/1995 (Rgto ITP y AJD), art. 25.

Código Civil, arts. 1.882 y 1.886.

Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto Hipotecario), art. 9.

**PONENTE:***Don Manuel Martín Timón.*

Magistrados:

Don EMILIO FRIAS PONCE

Don JOAQUIN HUELIN MARTINEZ DE VELASCO

Don JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ

Don JUAN GONZALO MARTINEZ MICO

Don MANUEL MARTIN TIMON

Don MANUEL VICENTE GARZON HERRERO

Don RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Enero de dos mil quince.

Vistos por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. Magistrados, el presente recurso de casación, para la unificación de doctrina, número 1929/2013, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Domingo José Collado Molinero, en representación de la mercantil IP 95 SOFINVEST SOCIEDAD DE INTEGRACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y DE INVERSION, S.A ., contra la sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de octubre de 2012, dictada en el recurso contencioso- administrativo número 1266/2009 , interpuesto frente a la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, de 26 de mayo de 2009, que desestimó reclamación económico-administrativa deducida frente a liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Ha comparecido y se ha opuesto al recurso, el Letrado de la COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID , en la representación que legalmente ostenta de la misma.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

La sentencia impugnada nos pone al corriente de los hechos de los que surge la controversia, al reseñarlos en el Fundamento de Derecho Segundo del siguiente modo:

"La resolución del presente litigio requiere el previo análisis de los siguientes hechos:

a) Con fecha 4 julio 2003 se otorga escritura pública de préstamo garantizado con hipoteca por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Sociedad anónima a favor de la codemandada, IP 95 Sofinvest Sociedad de Integración de Servicios Financieros y de Inversión Sociedad Anónima, por un importe de 4.800.000 €. Además de los pactos principales, en una cláusula adicional de la escritura pública se conviene: "PACTO ANTICRÉTICO.- De acuerdo con el artículo 1881 del Código Civil , (la prestataria) cede al Banco todos los derechos para percibir las rentas de las fincas que integran el edificio hipotecado en la presente, provenientes de los contratos de arrendamiento existentes en la actualidad sobre ellas o, en su caso, las que provengan de los que con posterioridad convenga al respecto de ellas. Designándose dicha rentas para satisfacer, en su caso, los intereses del préstamo concedido, en primer lugar, y el principal, en segundo lugar.

b) La citada escritura se presentó en fecha 6 agosto 2003 ante la Dirección General de Tributos de la Comunidad Autónoma de Madrid bajo el número 2003 T 181.765, acompañada de la correspondiente autoliquidación por el ITP y AJD, en su modalidad de actos jurídicos documentados, por el de préstamo con garantía hipotecaria en el que una base de 6.960.000 € se aplicaba el tipo del 1% resultando a ingresar la cantidad de 69.600 €.

c) La Administración demandada practicó, previo trámite de audiencia, liquidación complementaria en la que se liquidó también la valoración de la anticresis, interesando la suma de 72.506, 51 €. Contra la anterior liquidación se interpuso recurso de reposición que fue desestimado por la Oficina Liquidadora el 30 marzo 2005.

d) Contra la citada resolución administrativa se interpone reclamación económico-administrativa ante el TEAR de Madrid basándose , sustancialmente, en que no resultaba procedente la cotización por la convención anticrética a que ya se ha hecho referencia dado que Registrador de la Propiedad no había inscrito el negocio de que se trata.

e) El 26 mayo 2009 el Tribunal administrativo estima la reclamación citada por entender que el sujeto obligado era la entidad financiera al ser el acreedor a cuyo favor se realiza el acto, esto es, la garantía que el derecho de anticresis conlleva. El TEAR no ha dado respuesta a todas las cuestiones planteadas por la reclamación económico-administrativa habiéndose limitado solamente a declarar que es la entidad financiera el sujeto pasivo del impuesto.

f) Frente a la citada resolución interpone recurso jurisdiccional la Comunidad de Madrid que, a través de la presente sentencia, se resuelve."

(Conviene precisar en la resolución del recurso de reposición que en su día interpusiera SOFINVEST SOCIEDAD DE INTEGRACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y DE INVERSION, S.A., contra la liquidación girada, se afirma la concurrencia de los requisitos del artículo 31.2, del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados , para que se produzca la sujeción de las escrituras públicas y notariales a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, a saber, "la constitución del derecho real de garantía es valuable, inscribible y no está sujeta a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales ni de Operaciones Societarias, por tratarse de la constitución de la garantía de una operación sujeta y exenta del IVA, de conformidad con el art. 4 y el art.20.Uno.18 f) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido y, en consecuencia, procede su gravamen por la modalidad de Actos Jurídicos Documentados).

### **Segundo.**

- La Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que conoció del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid contra la resolución del TEAR, tramitándolo con el número 1266/2009, dictó sentencia de fecha 25 de octubre de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLAMOS: Que ESTIMANDO el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Servicio Jurídico de la Comunidad Autónoma de Madrid. Contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, de fecha 26 mayo 2009, DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS la citada resolución por no ser conforme a derecho.

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta instancia".

### **Tercero.**

- No conformándose con la sentencia dictada, la representación procesal de IP 95 SOFINVEST SOCIEDAD DE INTEGRACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y DE INVERSION, S.A., interpuso contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, mediante escrito presentado por el Procurador de los Tribunales D. Domingo José Collado Molinero, en la Sala de instancia, con fecha 15 de abril de 2013, en el que se

solicita la anulación de la impugnada y su sustitución por otra en la que se confirme la resolución del TEAR de Madrid y se anule la liquidación practicada, porque el pacto anticrético contenido en la escritura de 4 de julio de 2003 no es inscribible y por haberse constituido la garantía y el préstamo en la misma escritura, ordenando a la Comunidad Autónoma de Madrid la devolución de 72.506.51€, importe correspondiente a la liquidación a anular, más los intereses establecidos en el artículo 26 de la Ley General Tributaria .

Aporta como sentencias de contraste las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en 17 de junio de 2011 (dos, correspondientes a los recursos contencioso-administrativos 411/2009 y 412/2009 ), 17 de noviembre de 2011 (recurso contencioso-administrativo 410/2009 ) y 25 de septiembre de 2012 (recurso contencioso-administrativo 15/2010 ).

#### **Cuarto.**

- El Letrado de la Comunidad de Madrid se opuso al recurso de casación, por medio de escrito presentado en 24 de mayo de 2013, en el que solicita su desestimación con imposición de las costas a la recurrente.

#### **Quinto.**

Habiéndose señalado para deliberación, votación y fallo, la audiencia del catorce de enero de dos mil quince, en dicha fecha tuvo lugar la referida actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timon, Magistrado de la Sala

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

La sentencia expone las posiciones de las partes en el Fundamento de Derecho Tercero, en el que se dice:

"La parte recurrente fija como términos del debate la concreción de si el pacto en que la anticresis consiste, constituido en la escritura pública de 4 julio 2003, ha de quedar o no sujeto a la modalidad de actos jurídicos documentados. Del examen de la resolución del Tribunal administrativo, la Comunidad de Madrid deduce que la cuestión litigiosa se reduce a aclarar si el derecho real de anticresis es o no inscribible y, en consecuencia, si está o no sujeto al mencionado impuesto. A juicio de la Comunidad Autónoma, en la escritura pública de referencia se constituyó un auténtico derecho real, en garantía de un préstamo y de manera adicional a otra garantía principal, esto es, la hipotecaria, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 4 del Texto Refundido del ITP y AJD a cuyo tenor "a una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho, pero cuando un mismo documento o contrato emprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de ellas". El precepto es claro en cuanto que sujeta al impuesto los distintos derechos que las partes hayan convenido ya consten éstos en una sola escritura pública o en varias por eso, la recurrente, afirma que habiéndose pactado dos garantías en la ya citada escritura de 4 julio 2007, ambas están sujetas al impuesto en su modalidad de actos jurídicos documentados. Por lo que se refiere al sujeto pasivo, considera que debe ser (el) prestatario y no la entidad financiera, dado que nos encontramos ante la modalidad de actos jurídicos documentados y no ante la de transmisiones patrimoniales onerosas.

El Abogado del Estado hace suyos los argumentos recogidos por la resolución impugnada del Tribunal Económico- administrativo Regional de Madrid interesando la desestimación del recurso.

El Procurador Sr. Collado Molinero, en representación de la sociedad con demandada entiende por el contrario que al haber declarado el Registrador de la Propiedad no inscribirse el derecho de anticresis, no serán los requisitos mínimos imprescindibles para que el contrato este sujeto a la modalidad de actos jurídicos documentados. En cuanto al sujeto pasivo del impuesto sostiene que debe ser el prestamista.

Finalmente en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto, la sentencia expone la "ratio decidendi" del fallo desestimatorio:

"CUARTO.- Habiendo quedado planteada la cuestión litigiosa como se acaba de indicar el objeto de la presente sentencia no puede ser otro que el de determinar si el derecho de anticresis está sujeto o no al impuesto de transmisiones, modalidad de actos jurídicos documentados.

Debemos recordar que el artículo 28 del Texto Refundido de la ley que regula el impuesto que nos ocupa regula el hecho imponible en la modalidad de actos jurídicos documentados al disponer que "están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, en los términos que establece el artículo 31". Este último precepto dispone, a su vez, en su apartado segundo que se encuentran gravadas "las primeras copias de las escrituras y

actas notariales, cuando tengan por objeto una cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, o a los conceptos por transmisiones patrimoniales o operaciones societarias".

Lo que, en definitiva se discute en el presente caso es si el pacto anticrético cumple con el requisito de ser inscribible. Independientemente de que dicha figura jurídica tenga la constitución de un derecho real, lo cierto es que el encargado de hacer la calificación de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción registrada ( artículo 18 de la Ley Hipotecaria ) ha dictado nota suspendiendo la misma por entender que el concreto pacto que aparece en la escritura de 4 julio 2003 tenía vedado el acceso al Registro. Sin embargo, el Registrador de la Propiedad no concreta por qué causa y en qué sentido no es inservible el documento. En efecto el 8 septiembre 2003 el Registrador emite nota en la que se hace constar: "se han excluido de la inscripción los pactos o cláusulas no inscribirse por constituir pactos obligacionales o carece de eficacia frente a terceros o no contribuir a la constitución del derecho real de hipoteca, o ser repetición de la ley o implicar facultades o apoderamientos y en especial los siguientes: los relativos a comisiones y gastos, el pacto de anatocismo, las causas de resolución anticipada el acceso al registro, etc. Es decir, al no concretar el Registrador en cual causa se basa para denegar la expedición, la Sala ignora (al igual que el interesado) cuál ha sido la verdadera y concreta razón en que se funda la denegación del acceso al registro.

Lo que exige la norma transcrita, entre otros requisitos, es que el negocio sea inscribible. Pero esa cualidad de inscribible puede ser negada bien porque el acto no tenga acceso al registro por no tratarse, por ejemplo, de un derecho real o bien porque habiéndose pactado un derecho real tenga algún defecto formal que impida la inscripción en tanto no sea subsanado. Tampoco a esto dar respuesta la Nota del Registrador. Pero, pese a ello, parece evidente que la Nota no se puede referir a que el negocio en concreto no sea inscribible por tener carácter obligación al pues lo cierto es que la anticresis es un derecho real y, como tal, está regulado en el Código Civil.

Así pues, teniendo el pacto anticrético carácter real, en principio, se trata de un acto susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad. Por tanto, cumple con el requisito que se examina.

Frente a ello no cabe admitir, como afirmaba con demandada, que es el Registrador el órgano encargado de determinar los actos que son o no inscribibles a través de la función calificadora, de tal manera que sólo aquellos negocios que tengan entrada en el Registro están sujetos al impuesto de que se trata. Tal tesis ha de ser rechazada. Si la razón de ser de la modalidad de actos jurídicos documentados no es otra que la mayor seguridad, garantía y publicidad que ofrece a los interesados la utilización de una escritura pública como medio para formalizar un negocio jurídico, esas cualidades concurren en el caso examinado por ser la anticresis un derecho real, independientemente de que pueda quedar suspendida su inscripción por la existencia de defectos formales pendientes de subsanación.

Cuando el interesado tiene conocimiento de la Nota pudo haberla impugnado o, incluso, pedir una aclaración, dada la carencia de motivación real de la misma. No consta que lo hiciera pero tampoco que el Registrador afirmara que no se trataba de un derecho que no tenía reconocido su acceso al Registro.

De acoger la tesis de la con demandada, tampoco quedaría sujeto al impuesto de actos jurídicos documentados aquellas escrituras que refiriéndose a la creación, transmisión, extinción, etc. de derechos reales sobre bienes inmuebles no lleguen a causar efecto en el Registro por el mero hecho de que el interesado no haya presentado el documento ante dicha oficina.

#### **Quinto.**

La segunda cuestión a tratar en la presente sentencia se refiere al sujeto pasivo del impuesto pues, como se ha visto, las partes discrepan respecto de la afirmación contenida en la resolución pugnará en el presente recurso jurisdiccional acerca de que es sujeto pasivo aquella persona o entidad a quien la garantía favorece.

Esta cuestión ha sido resuelta de manera uniforme por la prudencia del Tribunal Supremo si bien la solución cogida ha sido criticada por los autores. Cabe citar las sentencias de 20 enero 2004 , 27 marzo 2006 y 31 octubre 2006 .

Se trata de una cuestión discutible pero que esta Sección la ha resuelto en el mismo sentido que el Tribunal Supremo. La anticresis como contrato de garantía y, como tal, accesorio puede pactarse juntamente con el contrato principal o de forma separada. En el primer caso, sigue el camino de aquel, siendo sujeto pasivo del impuesto el mismo que lo sea del negocio principal, esto es, el prestatario. En el segundo caso, siendo un negocio aislado aunque accesorio de otro principal, el sujeto pasivo es el prestamista.

En efecto el artículo 28 del Texto Refundido recoge que el hecho imponible de la modalidad iba de qué se trata al disponer que "están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales en los términos que establece el artículo 31, el cual, a su vez, dispone 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. Punto. No sujetos al Impuesto sobre Sucesiones o a los conceptos por Transmisiones Patrimoniales u Operaciones Societarias".

Por último el artículo 68 del Reglamento del Impuesto establece que "será sujeto pasivo del accidente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insisten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expida. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamos con garantía se considerará accidente al prestatario".

Así pues, la operación (la anticresis) debe estar sujeta al impuesto en su variedad de actos jurídicos documentados siendo sujeto pasivo del mismo el prestatario."

### **Segundo.**

Así pues, el debate principal, quedó centrado en la vía contencioso-administrativa en torno a la consideración de la anticresis como un derecho real o como un negocio entre partes y, en definitiva, en si existía o no sujeción al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, y en tal debate, la sentencia impugnada opta por considerar inscribible la anticresis en su condición de derecho real, lo que le conduce a la conclusión de que su constitución en escritura pública está sujeta a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados y tras ello, decide también que el sujeto pasivo del Impuesto es el prestatario.

Frente a ello, la parte recurrente, en su escrito de interposición del recurso, sostiene que el pacto anticrético no está sujeto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, ofreciendo para contraste las sentencias citadas en el Antecedente Tercero, en las que, se mantiene el criterio de la no sujeción "ya sea por considerar que el pacto anticrético no es inscribible, o bien porque la constitución de la anticresis en garantía de un préstamo, tributa exclusivamente por el concepto de préstamo cuando se constituye simultáneamente con la concesión del préstamo".

Sobre la base de las sentencias ofrecidas en contraste, la parte recurrente entiende la sentencia, incurre en las siguientes infracciones:

Ante todo, indebida aplicación del artículo 28 de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en relación con el 31 del Reglamento de dicho Impuesto, por entender que la cláusula denominada "Pacto anticrético", contenida en la escritura presentada a liquidación, "no constituye una anticresis, ni siquiera un derecho real".

Pero además, y en segundo lugar, la sentencia incurre en la infracción de no aplicación del artículo 15.1 de la Ley del Impuesto y 25.1 de su Reglamento, en los que se 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 el concepto de préstamo, cuando la constitución de la garantía sea simultánea, con la concesión del préstamo o en el otorgamiento de éste, estuviese prevista la constitución posterior de la garantía, "por lo que independientemente de la calificación jurídica que se haga del negocio (pacto anticrético), lo cierto es que tratándose de una garantía del cumplimiento del contrato principal (préstamo hipotecario) su liquidación tributaria se incluye en la de préstamo al haberse constituido de manera simultánea, no estando sometida a tributación singular y autónoma la constitución del derecho real de anticresis".

Por su parte, el Letrado de la Comunidad Autónoma de Madrid, tras poner de relieve el carácter excepcional y subsidiario del recurso de casación para la unificación de doctrina, niega que las sentencias de contraste permitan construir doctrina legal alguna respecto de la cuestión que específicamente resuelve la sentencia impugnada y que se haya acreditado de contrario la existencia de identidad de pretensiones entre ella y las sentencias invocadas para contraste.

### **Tercero.**

- Pues bien, para resolver el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, debemos partir de que, como venimos declarando con reiteración, esta modalidad casacional es un tributo al principio de igualdad en la aplicación de la Ley, y a través de ello se constituye en servidora del principio de seguridad jurídica, teniendo por objeto salvar las contradicciones en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico que puedan producirse entre Tribunales del mismo orden jurisdiccional, siempre que se trate de las resoluciones que sean susceptibles de acceder a este recurso, según el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que a tenor de dicho precepto, el recurso se podrá interponer:

1º) Contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia cuando, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

2º) Contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas en única instancia, cuando la contradicción se produzca con sentencias del Tribunal Supremo, en las mismas circunstancias señaladas con anterioridad.

Los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y de seguridad jurídica están especialmente presentes en el precepto expresado cuando exige que las sentencias en comparación hubieren llegado a pronunciamientos distintos, respecto de los mismos litigantes y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

La consecuencia que ha de extraerse, es que en esta modalidad casacional no se permite combatir de forma directa la interpretación y aplicación que del ordenamiento jurídico haya hecho la sentencia recurrida, sino solo a través de su comparación con la que, de forma contradictoria, hubieren llevado a cabo la sentencia o sentencias ofrecidas en contraste.

#### **Cuarto.**

- Entrando ya a resolver el recurso de casación planteado, debemos recordar que en la escritura de préstamo hipotecario otorgada por Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., a favor de la sociedad IPS SOFINVEST SOCIEDAD DE INTEGRACION DE SERVICIOS FINANCIEROS Y DE INVERSIÓN, S.A., en 4 de julio de 2003, se contiene una cláusula que, bajo la denominación de "pacto anticrético", tiene el siguiente contenido:

"De acuerdo con el artículo 1881 del Código Civil, cede al Banco todos los derechos, para percibir las rentas de las fincas que integran el edificio hipotecado en la presente, provenientes de los contratos de arrendamientos existentes en la actualidad sobre ellas, o en el caso, las que provengan de los que con posterioridad convengan respecto de ellas. Designándose dichas rentas para satisfacer, en su caso, los intereses del préstamo concedido en primer lugar y su principal, en segundo lugar.

No obstante lo pactado, las contribuciones, impuestos, cargas, gastos de comunidad y los restantes necesarios que afecten a las fincas expresadas serán de cargo de su propietario o de su arrendatario, o en su caso, exonerándose del pago de todo ello al Banco Acreedor", el cual gozará de los derechos que le atribuye el artículo 1883 y 1888 del Código Civil y las disposiciones concordantes de tal texto legal".

Ha de resaltarse la expresión "en su caso", que supone que la aplicación de las rentas a los intereses y después al capital solo tiene lugar en caso de incumplimiento del deudor y reclamación del acreedor, debiendo añadirse que con la cláusula transcrita el Banco acreedor refuerza su posición, ya que la administración interina que puede solicitar caso de proceder a la ejecución de la hipoteca le autoriza a percibir las rentas vencidas y no satisfechas, si así se hubiere estipulado, y los frutos, rentas y productos posteriores, pero "cubriendo con ello los gastos de conservación y explotación de los bienes y después su propio crédito" ( artículo 690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

Así las cosas, resulta patente la identidad fáctica del supuesto que enjuicamos con el de la sentencia de Sección Novena, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de junio de 2011 (recurso contencioso-administrativo 411/2009), primera de las que se invocan para contraste, que resuelve un supuesto en el que con motivo de la presentación, junto con la correspondiente autoliquidación, de 16 escrituras de constitución de préstamo hipotecario sobre determinadas fincas, en las que las partes, prestamista y prestatario, habían convenido la cesión del cobro de la renta del alquiler de las mismas fincas sólo para el caso de que se produjera el impago de alguno de los vencimientos acordados, la Comunidad Autónoma de Madrid practicó liquidación por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, al entender constituido un derecho real de anticresis.

La resolución del TEAR estimó la reclamación económico-administrativa, pero por entender que el pacto anticrético estaba sometido a condición suspensiva, siendo improcedente la liquidación girada.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo por la Comunidad Autónoma de Madrid, la sentencia de contraste entiende que ni la cláusula de referencia suponía la constitución de un derecho real de anticresis, ni el negocio estaba sometido a condición suspensiva.

En cuanto a lo primero, en el Fundamento de Derecho Cuarto se argumenta:

"En la sentencia de 3 febrero 2011, resolviéndose un caso muy parecido al presente, esta Sección Novena ya declaró: " dicha cláusula no constituye una anticresis, ni siquiera un derecho real.

En primer lugar, en la anticresis el acreedor debe tener la dirección económica del inmueble pues siendo indiferente que el mismo entre en efectiva posesión de la misma, lo cierto es que sí debe tener facultades para dirigir la "explotación del inmueble", de las que se carece en el presente caso. Y es que la cláusula vigésima segunda del préstamo hipotecario no contempla a favor del acreedor (es decir, ... A.G., Sucursal en España) el ejercicio de la dirección económica del inmueble. Nótese que si el prestatario, no arrendara el inmueble, el prestamista no podría obtener ni frutos ni rentas del inmueble, lo que es contrario al pacto anticrético.

En segundo lugar, ... A.G., Sucursal en España no se ha hecho cargo del pago de contribuciones y cargas del inmueble, ni ha soportado los gastos de conservación y mantenimiento del inmueble, lo que, a falta de pacto en contrario, le corresponde al acreedor anticrético según el artículo 1.882 del Código Civil .

En tercer lugar, la anticresis, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, debe llevar aparejada el derecho a instar la venta del inmueble para satisfacer el crédito garantizado, al señalar el artículo 1.884 del Código Civil que "el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, [...] el pago de la deuda o la venta del inmueble". Pues bien, como fácilmente se colige por la mera lectura de la cláusula, en ella no se otorga al acreedor anticrético ningún derecho a vender el inmueble para hacerse pago de las cantidades garantizadas por la cesión de rentas.

En cuarto lugar, prestamista y prestatario no pactaron que la cesión de rentas vinculase a terceros adquirentes del inmueble (como debiera suceder en un verdadero derecho real).

En quinto lugar, tampoco puede considerarse que dicha vinculación se halle implícita en el texto de la cesión de rentas, ya que las partes no han manifestado en ningún momento la voluntad de constituir un derecho real, una anticresis o cualquier otra figura que implique la vinculación de un hipotético tercer adquirente (en el derecho real, "el derecho debe seguir a la cosa").

En sexto lugar, aunque es cierto, como afirma la actora que la cesión de rentas no se limita a las rentas del contrato de arrendamiento identificado en la cláusula (el vigente en ese momento), pese a que en vía administrativa el prestatario afirmó lo contrario, lo cierto es que no se pactó que el acreedor percibiera otros "frutos del inmueble" ( art. 1881 del C.c .) que no fueran los del arrendamiento vigente en el momento de otorgamiento de la escritura, o uno contratado en momento posterior. Es decir, la cláusula no reconoce al prestamista el derecho a todos los frutos o rentabilidades del inmueble hipotecado.

En sexto lugar, la Ley del impuesto de AJD no requiere que el negocio se inscriba. Basta con que sea inscribible. Pero que dicho negocio no era inscribible en el presente caso resulta evidente dado que el Registrador no practicó la inscripción de la cláusula en cuestión ".

En cuanto a lo segundo, en el Fundamento de Derecho Quinto se afirma:

"...todo negocio en garantía del cumplimiento de una obligación se perfecciona por el mero pacto, sin perjuicio de que sus consecuencias se produzcan cuando el deudor principal incumpla lo pactado, es decir, sin perjuicio de que le sea exigible el cumplimiento al deudor secundario sólo y cuando el principal no cumpla con su obligación. Por tanto, no cabe sostener que el contrato pactado en la escritura que se comenta sea condicional."

Y tras ello, y a continuación, se queda reflejada la siguiente conclusión:

"En resumen, lo pactado en el citado contrato constituye un convenio puro, no sujeto a condición alguna, por lo que no resulta aplicable el precepto transcrito. Sin embargo, no cabe declarar ajustada a derecho la liquidación impugnada en cuanto se liquida por un derecho real de anticresis inexistente.

El negocio puede, en definitiva ser considerado como una garantía accesorio que asegura la devolución de lo prestado y de sus intereses pero no puede ser calificado de un negocio anticrético como pretende la Administración recurrente por lo que el recurso debe ser desestimado, debiendo insistirse en que, en el caso de nos ocupa, el cedente (prestatario) se reserva el poder de extinción de la cosa puesto que el cesionario no tiene facultades para decidir la extinción de los arrendamientos ni la contratación de otros nuevos y, mucho menos, explotar los inmuebles en forma distinta. Las partes se han limitado a adscribir ciertas rentas al pago de una deuda pero permaneciendo el bien que las produce en posesión de su titular y bajo su dirección económica."

En idéntico sentido, y ante un caso también idéntico, se pronuncia la segunda de las sentencias ofrecidas para contraste, dictada por la Sección Novena, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en 17 de junio de 2011, en el recurso contencioso-administrativo 412/2009 .

Acreditada la identidad entre la sentencia impugnada y la de contraste, es clara también la contradicción entre ellas, porque mientras la primera estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad de Madrid, por entender que el pacto anticrético suponía la constitución de un derecho real, la de contraste desestima el también interpuesto por aquella, sobre la base de negar tal constitución.

Por ello, procede que entremos en la última de las fases del recurso de casación para la unificación de doctrina, determinando cual de las sentencias en comparación resulta ajustada a derecho, lo que conducirá a la estimación o a la desestimación del recurso contencioso-administrativo, en el primer caso previa la necesaria anulación de la impugnada.

Pues bien, debemos partir de que el Código Civil reguló, a última hora y de forma precipitada, la figura de la anticresis (en los artículos 1881 a 1886 ), disponiendo el primero de ellos que "Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho a percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al capital de su crédito" .

No existe unanimidad en la doctrina acerca de todos y cada uno de los caracteres que adornan a la anticresis. Y así, por ejemplo, pese a que el artículo 1886 del Código Civil , concede al acreedor la facultad de retención posesoria y el artículo 1882 establece que es de cargo del mismo el pago de los gastos necesarios para la conservación y reparación de la finca, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 15 de marzo de

1909 y gran parte de la doctrina consideran que no es esencial a la anticresis el desplazamiento de la posesión hacia el acreedor.

Si a lo expuesto se añade la regulación más perfecta de la hipoteca, no es de extrañar la escasa utilización de la anticresis como derecho real propio y diferenciado.

En cambio, si ha surgido como normal la incorporación a las escrituras de préstamo hipotecario, de una cláusula, a la que se denomina comúnmente "pacto anticrético", mediante la cual se concede al acreedor la facultad de recibir los frutos del inmueble para aplicarlos al pago de los intereses y después al capital, con efectos desde el momento en que reclame judicialmente el cobro del crédito garantizado con la hipoteca.

Pues bien, es cierto que la sentencia de contraste resalta la ausencia de determinados caracteres que no son esenciales para la configuración del derecho real de anticresis, pero también lo es que pone de relieve la falta de oponibilidad a tercero, sin la cual no puede concebirse la existencia del mismo.

Por ello, debemos dar la razón a la sentencia de contraste y no a la impugnada, puesto que el supuesto sobre el que se resuelve es el de un mero pacto de vinculación para las partes, pero sin producción de efectos respecto de terceros, no resultando por ello inscribible en el Registro de la Propiedad, según lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento Hipotecario, a cuyo tenor "No son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento o se tome anotación cuando proceda, de conformidad con el artículo 42 de la Ley." Y ello es ratificado por la nota del Registrador de la Propiedad, que, en contra de lo manifestado en la sentencia recurrida, resulta suficientemente expresiva, al indicarse en ella que se ha excluido de la inscripción "los pactos o cláusulas no inscribibles por constituir pactos obligacionales o carecer de eficacia frente a terceros", mientras que, en cambio, se practicó la única inscripción de la hipoteca constituida en la escritura.

En consecuencia, no dándose el presupuesto de que la escritura pública contenga acto o contrato "inscribible" ( artículo 31.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre), resulta improcedente la liquidación girada por este último concepto y el recurso debe ser estimado, con anulación de la sentencia impugnada.

Una vez anulada la sentencia, y de conformidad con el artículo 95.2.d) de la Ley de esta Jurisdicción, al que se remite, entre otros, el artículo 97.7 de la misma, procede resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate y ello debe hacerse desestimando el recurso contencioso-administrativo número 1266/2009, interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid, en la medida en que el pacto anticrético contenido en la escritura de constitución de préstamo hipotecario otorgada en 4 de julio de 2003, no está sujeto al concepto de Actos Jurídico Documentados, por lo que no resulta procedente girar liquidación por dicho concepto.

#### **Quinto.**

No ha lugar a la imposición de costas ni en este recurso de casación, ni en la instancia.

En cuanto a las costas de primera instancia, se imponen a la Administración demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de esta Jurisdicción.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

### **FALLAMOS**

#### **Primero.**

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el presente recurso de casación, para la unificación de doctrina, número 1929/2013, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Domingo José Collado Molinero, en representación de la mercantil IP 95 SOFINVEST SOCIEDAD DE INTEGRACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y DE INVERSION, S.A., contra la sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de octubre de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 1266/2009, sentencia que se casa y anula. Sin costas.

#### **Segundo.**

Que por la razón expuesta en el Fundamento de Derecho Cuarto, debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo nº 1266/2009. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos Rafael Fernandez Montalvo Manuel Vicente Garzon Herrero Emilio Frias Ponce Ángel Aguallo Avilés Joaquin Huelin Martinez de Velasco Jose Antonio Montero Fernandez Manuel Martin Timon Juan Gonzalo Martinez Mico

PUBLICACION. Leída y publicada ha sido, la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Manuel Martin Timon, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario Certifico. El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.