

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ081585

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Resolución de 28 de enero de 2021

Sala 4.^a

R.G. 794/2018

SUMARIO:

ITP y AJD. Documentos notariales. Préstamos. Novación de préstamos con garantía hipotecaria. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 31 del RDLeg. 1/1993 (TR Ley ITP y AJD) tienen que concurrir tres requisitos para que la escritura notarial esté sujeta a AJD: que tenga contenido valuable económicamente, que sea inscribible en uno de los Registros mencionados y finalmente que su contenido no esté sujeto al ISD, o las modalidades TPO u OS reguladas en dicho texto legal. La última condición mencionada es una cuestión pacífica ya que la novación de un préstamo con garantía hipotecaria no está sujeta en ningún caso a las susodichas figuras impositivas.

En cuanto a la inscribibilidad de la novación en cuestión, en este supuesto se han novado cláusulas financieras como las referentes a «causas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones de pago». Además, la cláusula determinante de la liquidación figura inscrita en el Registro de la Propiedad. Cabe añadir que la inscripción registral de dicha cláusula ha sido también reconocida por el Tribunal Supremo, por lo que es evidente que no se puede negar su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad, cumpliéndose dicho requisito también a la hora de valorar la sujeción a la modalidad impositiva AJD.

Respecto a la existencia de contenido valuable económicamente, se alega por parte de la reclamante que no hay modificación alguna en la responsabilidad hipotecaria y por tanto no se cumple dicho requisito. Sin embargo, ello no obsta a que haya contenido económico puesto que implicaría negárselo a las condiciones financieras añadidas mediante la escritura de novación objeto de controversia. La modalidad impositiva AJD no somete a gravamen el contenido de las actas, escrituras y testimonios notariales sino los propios documentos notariales, exigiéndose que tengan por objeto un acto valuable. Por consiguiente, a escritura objeto de discusión está sujeta a AJD.

Por último, en relación con la determinación de la base imponible, es el contenido económico de las cláusulas financieras valuables que delimitan la capacidad económica susceptible de imposición. La base imponible de la liquidación objeto de controversia no debería ascender al total de la responsabilidad hipotecaria sino únicamente al contenido económico de la cláusula sobre vencimiento anticipado. **(Criterio 1 de 1)**

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1993 (TR Ley ITP y AJD), arts. 28, 29, 30 y 31.

Decreto de 8 de febrero de 1946 (TR Ley Hipotecaria), art. 12.

En Madrid, se ha constituido el Tribunal como arriba se indica, para resolver el recurso de alzada de referencia.

Se ha visto el presente recurso de alzada contra la resolución del Tribunal Económico - Administrativo Regional de La Rioja ...

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El 5 de septiembre de 2013 se modificó un préstamo hipotecario concedido al reclamante mediante escritura de "novación de préstamo con garantía hipotecaria". Con fecha 26 de septiembre de 2013 se presentó autoliquidación modelo 600 en concepto de "novación y subrogación ley 2/1994" y sin ingresar cantidad alguna al considerar que era aplicable la exención en virtud del artículo 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Segundo.

Tras iniciarse procedimiento de comprobación limitada, el 25 de febrero de 2016 se dictó liquidación al no considerar aplicable la susodicha exención y señalando que se trata de un hecho imponible sujeta a la modalidad

impositiva Actos Jurídicos Documentados, en adelante AJD, al tratarse de un documento público notarial, inscribible en el Registro de la Propiedad y evaluable económicamente, siendo la base imponible el importe de la obligación o capital garantizado.

Tercero.

Con fecha 22 de marzo de 2016 se interpuso reclamación económico - administrativa contra la mencionada liquidación provisional, número ... , en el que se alega que no procede dicha liquidación al no haber variado la responsabilidad hipotecaria, que la cláusula que determina la liquidación no tiene contenido evaluable económicamente, que son vulnerados los principios de capacidad contributiva e interdicción de doble imposición así como que subsidiariamente operaría en todo caso la exención discutida, siendo el sujeto pasivo la entidad financiera y aduciendo una indebida fijación de la base imponible.

Cuarto.

El 28 de diciembre de 2017 el TEAR de La Rioja dicta resolución desestimatoria, la cual es objeto de notificación el 5 de enero de 2018. El TEAR manifiesta que la liquidación impugnada es ajustada a Derecho, exponiendo diversa jurisprudencia y doctrina administrativa en virtud de la cual cabe considerar dicho acto como sujeto a AJD, sin que sea un obstáculo que se mantenga la misma responsabilidad hipotecaria tras la novación. Asimismo, considera inscribible dicho acto y evaluable económicamente, confirmando al reclamante como sujeto pasivo del impuesto y la constitución de la base imponible en dicho caso.

Quinto.

El día 14/02/2018 tuvo entrada en este Tribunal el presente recurso de alzada, interpuesto el 01/02/2018 contra la resolución del TEAR de La Rioja. En su escrito la reclamante alega:

- * El préstamo y la modificación de sus condiciones no son propiamente objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.
- * La operación gravada carece de contenido evaluable económicamente.
- * Subsidiariamente la operación estaría exenta en virtud del artículo 9 de la Ley 2/1994.
- * Subsidiariamente el sujeto pasivo sería la entidad financiera y no el reclamante.
- * Subsidiariamente la base imponible de la modalidad impositiva AJD ha sido determinada incorrectamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), así como en el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA), aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. No concurre ninguna de las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 239.4 de la LGT y se cumplen, en especial, los requisitos de cuantía previstos en la Disposición Adicional decimocuarta de la LGT y el artículo 36 del RGRVA.

Segundo.

Este Tribunal debe pronunciarse respecto a lo siguiente:

Si el acto impugnado es conforme a Derecho.

Tercero.

En primer lugar corresponde examinar si la escritura notarial de "novación de préstamo con garantía hipotecaria" está sujeta a la modalidad impositiva de AJD. El artículo 28 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, señala que "están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, en los términos que establece el artículo 31".

Por su parte, el artículo 31 del mismo texto legal establece:

"1. Las matrices y las copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios, se extenderán, en todo caso, en papel timbrado de 0,30 euros por pliego o 0,15 euros por folio, a elección del fedatario. Las copias simples no estarán sujetas al impuesto.

2. Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley, tributarán, además, al tipo de gravamen que, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, haya sido aprobado por la Comunidad Autónoma.

Si la Comunidad Autónoma no hubiese aprobado el tipo a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará el 0,50 por 100, en cuanto a tales actos o contratos.

3. Por el mismo tipo a que se refiere el apartado anterior y mediante la utilización de efectos timbrados tributarán las copias de las actas de protesto."

De acuerdo al citado precepto tienen que concurrir tres requisitos para que dicha escritura notarial esté sujeta a AJD: que tenga contenido valuable económicamente, que sea inscribible en uno de los Registros mencionados y finalmente que su contenido no esté sujeto al ISD, o las modalidades TPO u OS reguladas en dicho texto legal. La última condición mencionada es una cuestión pacífica ya que la novación de un préstamo con garantía hipotecaria no está sujeta en ningún caso a las susodichas figuras impositivas. Este Tribunal procede a analizar las otras dos restantes.

Cuarto.

En cuanto a la inscribibilidad de la novación en cuestión, el artículo 12 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, tras la modificación por el artículo 11.1 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (en vigor desde el 9 de diciembre de 2007), establece:

"En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización."

Precisamente en este supuesto se han novado cláusulas financieras como las referentes a "*causas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones de pago*". Además, la cláusula determinante de la liquidación figura inscrita en el Registro de la Propiedad tal y como se aprecia al dorso del folio 121 del expediente. A estos efectos cabe reseñar la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de agosto de 2011, esclarecedora de dicho artículo 12 de la LH, que señala:

"El contenido del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, tal y como aparece configurado tras su última reforma, ha suscitado un vivo debate en torno a su significado y alcance, como consecuencia de las dudas interpretativas que plantea su tenor literal. Dichas dudas únicamente pueden ser resueltas tras recordar los objetivos perseguidas por el legislador con la reforma y después de realizar un adecuado análisis del precepto que garantice su coherencia tanto con los principios que rigen nuestro sistema registral como con la normativa específica que regula, al igual que el precepto mencionado, otros aspectos del mercado hipotecario.

A la luz de estos presupuestos, que serán desarrollados a continuación, es posible alcanzar dos conclusiones básicas. La primera es que esas «cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» a las que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 12 han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente aquellas otras que, por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real. La segunda es que el reflejo registral de tales cláusulas necesariamente se efectuará en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, a menos que su nulidad hubiera sido declarada mediante sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que el Registrador pueda realizar cualquier tipo de actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho.

3. Como expresa la propia Exposición de Motivos de la citada Ley modificativa (apartado VII, párrafo cuarto), la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria constituye una medida que, dirigida a impulsar el mercado de préstamos hipotecarios, tiene «.. por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa.» Pues bien, esta finalidad de la Ley, que se plasma en el tenor literal del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, no se alcanzaría si dicho precepto se interpretase en el sentido de que las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado debieran ser objeto de calificación registral conforme a las reglas generales. Para el legislador tal interpretación supondría el mantenimiento de la diversidad de calificaciones registrales y, con ello, la falta de uniformidad de los asientos de inscripción de hipoteca, lo que en la práctica implicaría la frustración de los objetivos perseguidos por el legislador con la reforma, centrados en la necesidad de dotar de homogeneidad a los contratos destinados a la contratación en masa utilizados en el mercado hipotecario, con el objetivo de impulsar y fomentar el mercado hipotecario. El legislador ha considerado que de forma excepcional y con base en razones de política legislativa que así lo justifiquen, resulta necesario delimitar la función calificadora en relación con ciertos aspectos del negocio, a fin de facilitar el acceso al Registro de los productos financieros. Se trata, en consecuencia, de una limitación al juego del artículo 18 de la Ley Hipotecaria que responde a un intento de adaptación a las necesidades concretas del mercado hipotecario en el momento de su promulgación, con el objetivo de favorecer la contratación en masa.

Sin embargo, asumido lo anterior, lo cierto es que no resulta admisible interpretar el artículo 12 de la Ley Hipotecaria de forma aislada sino sólo mediante su necesaria coordinación con otras normas que operan en relación con el mismo mercado de productos financieros y que se orientan hacia fines de política legislativa distintos de los referidos. De este modo, los objetivos perseguidos con la redacción dada al artículo 12 de la Ley Hipotecaria tras la reforma introducida por la Ley 14/2007 deben ser ponderados, en primer lugar, con los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores y usuarios, con carácter general y, singularmente, con la legislación destinada a su defensa en el ámbito concreto del mercado hipotecario, principios que aparecen perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que dentro de su ámbito material de aplicación, desarrolla un conjunto de normas cuya ratio es garantizar la transparencia del mercado hipotecario, incrementar la información precontractual y proteger a los usuarios y consumidores de productos financieros ofertados en dicho mercado, y que en su artículo 18.1 reafirma el control de legalidad de Notarios y Registradores al señalar que «En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los Notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los Registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley».

En la misma línea, se acaba de manifestar recientemente la corte comunitaria en la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08). Mediante la mencionada resolución, la Corte de Luxemburgo da respuesta a una cuestión prejudicial cuyo objeto era dilucidar si podría interpretarse el artículo 6.1 de la ya mencionada Directiva 93/13, en el sentido de que la no vinculación del consumidor a una cláusula abusiva establecida por un profesional no operase «ipso iure», sino únicamente en el supuesto de que el consumidor impugnase judicialmente con éxito dicha cláusula abusiva mediante demanda presentada al efecto. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha resuelto la citada cuestión declarando que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula.

Por último, resulta necesario tener en cuenta la oponibilidad frente a terceros de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado y en consecuencia, la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas. Es cierto que se han levantado voces en defensa de la supuesta inoponibilidad de este tipo de cláusulas pero una interpretación en este sentido, no sólo vulneraría los principios rectores del sistema registral español, al permitirse el acceso al Registro de un tipo de cláusulas carentes de eficacia alguna frente a terceros, sino que, además, resultaría contraria a lo establecido en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y, muy en especial, al reformado artículo 130 del mismo cuerpo legal. Recuérdese que dicho precepto establece que «el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo». En consecuencia, al estar contenidas en el asiento de inscripción las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado pueden legitimar el ejercicio de la acción real hipotecaria.

De hecho, si recurrimos a la lectura de los trabajos parlamentarios se advierte sin esfuerzo la estrechísima relación existente entre el mencionado precepto y el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, hasta el punto de que la redacción de ambos evolucionaba en paralelo. Ello evidencia de forma incontestable que el legislador, al señalar en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria que la ejecución directa de los bienes hipotecados deberá realizarse sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título y que se hayan incorporado al asiento respectivo, sin hacer exclusión de ninguno de estos extremos y con independencia de su naturaleza, era plenamente consciente de la inclusión en el mencionado precepto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a las que se refiere el

artículo 12 de la Ley Hipotecaria. Tal y como ha sido configurado por el legislador tras la última reforma, el artículo 12 constituye una concreción de lo dispuesto en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, sin que el contenido del inciso final del artículo 51 6ª del mencionado Reglamento suponga obstáculo alguno a esta interpretación, desde el momento en que debe considerarse, en su concreto ámbito de aplicación y en cuanto sea incompatible, tácitamente derogado por la Ley 41/2007.

En definitiva, sólo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del Registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refieren el párrafo segundo del reiterado artículo 12 de la Ley Hipotecaria. Y el resultado necesario de tal interpretación impide asumir la exclusión absoluta de la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, aunque sí una modalización en cuanto a su extensión. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que exprese dicha tacha), sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (p. ej., basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial.

Una interpretación diferente a la que ahora se propone supondría, como consecuencia inevitable, la exclusión de estas cláusulas de las presunciones registrales de validez del contenido de los asientos sin que exista ningún tipo de base legal para ello, dado que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no ha variado, claro está, el artículo 6.3 del Código Civil. Más aún, una solución diferente a la ahora sostenida convertiría la intervención del Registrador en un mero trámite impuesto al particular, sin que ello le reportara ninguna ventaja desde la perspectiva de los fines de las normas dictadas en defensa de sus intereses, obligándole así a renunciar por imperativo legal a los instrumentos de protección que le dispensa nuestro modelo de seguridad jurídica preventiva. Como señala la Exposición de Motivos de la propia Ley 14/2007 (Apartado VII), «La sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas, obliga también a todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad, de manera que como operadores jurídicos, en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos, entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes, para lograr que la propiedad y los derechos reales sobre ella impuestos queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva, y disfruten de sus beneficios, de conformidad, en todo caso, con las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión, y sus efectos». Téngase en cuenta además que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, «a falta de normativa comunitaria en la materia, la determinación de la regulación procesal destinada a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario genera en favor de los justiciables corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación (...) no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véanse, al respecto las Sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos C-168/2005, C-78/98, C-392/04, C-422/04 y C-40/08). No resulta exagerado afirmar que la eliminación del control registral en este ámbito -calificado por la propia jurisprudencia comunitaria como «equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público» (As, C-40/08)- unido a la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas, atentaría de forma palmaria contra esta exigencia.

A todo lo apuntado cabe añadir, que la absoluta exclusión de la calificación registral de este tipo de cláusulas puede suponer una seria cortapisa para el fomento del mercado hipotecario que la Ley 41/2007 asume como objetivo específico. Piénsese que una interpretación en tales términos puede dar lugar a que prosperen de forma considerable las peticiones de anotación preventiva de las demandas de nulidad de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de todos aquellos deudores que anticipen una inminente ejecución, desde el momento en que ya no se podrá contar como argumento en contra de la apreciación del requisito del «fumus boni iuris» para la concesión de dicha medida, la previa calificación registral de las mismas. Resulta evidente que la intervención

simultánea de Notarios y Registradores, en el caso de estos últimos, en los términos antes apuntados, constituye un serio desincentivo a la solicitud de tales medidas y, claro está, un evidente obstáculo a su concesión."

Además, en un caso en el cual se discute la sujeción o no a AJD de una escritura de novación modificativa de un préstamo hipotecario, el TSJ de Madrid en su sentencia núm. 593/2014 de 6 mayo establecía:

"Plantea en primer lugar la recurrente como motivo de impugnación la consideración de que el cambio de divisa es una cláusula financiera que no es objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, sino de transcripción, conforme se desprende del art 12 Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) no dando lugar por ello a la producción del hecho imponible AJD conforme al art 31.2 RDL 1 /93 por no tratarse de acto o contrato inscribible, sino transcribible.

El motivo de impugnación no puede prosperar, pues contrariamente a lo sostenido, no estimamos el pacto sea objeto de mera transcripción, sino de inscripción, en cuanto si está sujeto a calificación registral, tal y como razona la Dirección General de Registros del Notariado en Resolución de 1 de Octubre de 2010, cuyos fundamentos, en lo que aquí interesa, se reproducen:

" no resulta admisible interpretar el artículo 12 de la Ley Hipotecaria de forma aislada sino sólo mediante su necesaria coordinación con otras normas que operan en relación con el mismo mercado de productos financieros y que se orientan hacia fines de política legislativa distintos de los referidos. "

" De este modo, los objetivos perseguidos con la redacción dada al artículo 12 de la Ley Hipotecaria tras la reforma introducida por la Ley 14/2007 deben ser ponderados, en primer lugar, con los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores y usuarios , con carácter general y, singularmente, con la legislación destinada a su defensa en el ámbito concreto del mercado hipotecario, principios que aparecen perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo (RCL 2009, 697) (...) que en su artículo 18.1 señala que "los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley "

"la Sala primera del Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 16 de diciembre de 2009 reitera el papel activo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (fundamento duodécimo)", y que "El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha resuelto (...) declarando que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula».

Como conclusión, no se puede hablar de exclusión, sino de modalización de la calificación registral de las estipulaciones financieras: "En definitiva, sólo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del Registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refieren el párrafo segundo del reiterado artículo 12 LH . Y el resultado necesario de tal interpretación impide asumir la exclusión absoluta de la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, aunque sí una modalización en cuanto a su extensión".

"De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto "

"Una interpretación diferente a la que ahora se propone supondría, como consecuencia inevitable, la exclusión de estas cláusulas de las presunciones registrales de validez del contenido de los asientos sin que exista ningún tipo de base legal para ello, dado que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no ha variado, claro está, el artículo 6.3 del Código Civil (LEG 1889, 27) . Más aún, una solución diferente a la ahora sostenida convertiría la intervención del Registrador en un mero trámite impuesto al particular, sin que ello le reportara ninguna ventaja desde la perspectiva de los fines de las normas dictadas en defensa de sus intereses, obligándole así a renunciar por imperativo legal a los instrumentos de protección que le dispensa nuestro modelo de seguridad jurídica preventiva."

"No resulta exagerado afirmar que la eliminación del control registral en este ámbito -calificado por la propia jurisprudencia comunitaria como «equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público» (As, C-40/08)- unido a la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas, atendería de forma palmaria contra esta exigencia.

"A todo lo apuntado cabe añadir, que la absoluta exclusión de la calificación registral de este tipo de cláusulas puede suponer una seria cortapisa para el fomento del mercado hipotecario que la Ley 41/2007 (RCL 2007, 2221) asume como objetivo específico. Piénsese que una interpretación en tales términos puede dar lugar a que prosperen de forma considerable las peticiones de anotación preventiva de las demandas de nulidad de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de todos aquellos deudores que anticipen una inminente ejecución, desde el momento en que ya no se podrá contar como argumento en contra de la apreciación del requisito del fumus boni iuris para la concesión de dicha medida, la previa calificación registral de las mismas."

Cabe añadir que la inscripción registral de dicha cláusula ha sido también reconocida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de septiembre de 2013 (recurso 1471/2011), por lo que es evidente que no se puede negar su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad, cumpliéndose dicho requisito también a la hora de valorar la sujeción a la modalidad impositiva AJD.

Quinto.

Respecto a la existencia de contenido valuable económicamente, se alega por parte de la reclamante que no hay modificación alguna en la responsabilidad hipotecaria y por tanto no se cumple dicho requisito. Sin embargo, ello no obsta a que haya contenido económico puesto que implicaría negárselo a las condiciones financieras añadidas mediante la escritura de novación objeto de controversia. La modalidad impositiva AJD no somete a gravamen el contenido de las actas, escrituras y testimonios notariales sino los propios documentos notariales, exigiéndose que tengan por objeto un acto valuable. A estos efectos ya se ha pronunciado el TSJ de La Rioja en su sentencia 93/2017 de 22 de marzo de 2017 al disponer:

"La resolución del presente supuesto exige el examen de la siguiente cuestión: si la modificación de las cláusulas de comisiones (5, estableciéndose una en concepto de reclamación por cada recibo de préstamo no satisfecho a su vencimiento), de gastos a cargo del prestatario (5 y 6, suprimiendo uno) y de resolución anticipada por la Caja acreedora, respecto a las causas de vencimiento anticipado (7 y 8, que quedan redactadas con el contenido que consta en las escrituras) tienen por objeto una cosa o contenido valuable.

El artículo 69 Reglamento del Impuesto establece: 1. En las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa. ... 3. Se entenderá que el acto es de objeto no valuable cuando durante toda su vigencia, incluso en el momento de su extinción, no pueda determinarse la cuantía de la base. Si ésta no pudiese fijarse al celebrarse el acto, se exigirá el impuesto como si se tratara de objeto no valuable, sin perjuicio de que la liquidación se complete cuando la cuantía quede determinada.

TERCERO. Como se ha dicho, en las escrituras de modificación de las condiciones del préstamo hipotecario se sustituye se suprime un gasto (el apartado f, sobre gastos de reclamación), se modifica la cláusula de resolución anticipada por la prestamista, respecto a las causas de vencimiento anticipado (falta de pago de cualquiera de los plazos ..., siniestro ocurrido en la finca hipotecada ..., deterioro de la finca hipotecada ..., condiciones de arrendamiento de la finca hipotecada, ...), y se incluye una comisión fija por cada reclamación de recibo impagado a su vencimiento.

No obstante el contenido de las cláusulas indicadas, la Sala considera que existe un objeto valuable, pues se mantiene el préstamo hipotecario, ahora en 561.000 euros, alterándose las cláusulas en base a la que podrá producirse la resolución anticipada por la acreedora, cláusula 8, así como reclamarse comisiones y gastos, cláusula 5.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2015 (rec. 3068/2013), citada por la Letrada de la Comunidad Autónoma, puede leerse: ... Por tanto, el acto que se documenta es la concesión de un crédito garantizado con una hipoteca que responde de una cantidad sensiblemente inferior al importe del crédito concedido, pero que, si se dan las condiciones que se detallan, responderá hasta el total de dicho crédito concedido, mas los correspondientes intereses, gastos y costas. Y este acto jurídico, en su contenido íntegro, es inscribible en el Registro de la Propiedad. Por tanto, el hecho imponible se produce y su valor es el total de su contenido económico, pues con ese total contenido económico es reflejado en el documento y es inscribible en el Registro de la Propiedad, produciendo efectos frente a terceros. Por eso, su carácter valuable lo es por el total de su contenido económico que, en los términos pactados, resulta inscribible. Lo condicionado no es, pues, ni la concesión del crédito por importe máximo de 113.301.010 euros --no olvidemos que el hecho imponible del impuesto es único y bascula en torno al préstamo (o crédito)--, ni la constitución misma de la hipoteca, sino sólo el incremento de cobertura de tal garantía hipotecaria que se constituye, incremento que es el que se somete a condiciones precisas cuyo cumplimiento permite elevar la cantidad garantizada hasta 130.101.010 euros (importe del principal del crédito, intereses, gastos y costas). Y toda esta operación compleja, en todos sus términos (incluida la parte condicionada), goza de la garantía que para el tráfico jurídico supone su formalización en documento público notarial y su inscripción en estos completos términos en el Registro de la Propiedad. Por tanto, es el acto en su integridad el que se

documenta y el que debe ser valorado económicamente también en su íntegro contenido económico que es como accede al Registro ya que, incluso en esa forma parcialmente condicionada, se beneficia de su constancia en documento notarial y del acceso al Registro de la Propiedad y, desde ese mismo momento, perjudica a terceros. Por tanto, con la formalización de la escritura de 13 de enero de 2006, debemos entender que se realiza el hecho imponible del impuesto de actos jurídicos documentados en los términos que se reflejan en la liquidación impugnada, debiendo por ello entenderse devengado dicho impuesto, al amparo del artículo 49.1.b) del Real Decreto Legislativo 1/1993 (LA LEY 3423/1993), el día en que dicho documento ha sido formalizado... Como dice la sentencia recurrida, el acto que se documenta es la concesión de un crédito garantizado con una hipoteca que responde de una cantidad sensiblemente inferior al importe del crédito concedido, pero que, si se dan las condiciones que se detallan, responderá hasta el total de dicho crédito concedido, más los correspondientes intereses, gastos y costas. Y este acto jurídico, en su contenido íntegro, es inscribible en el Registro de la Propiedad. Por tanto, el hecho imponible se produce y su valor es el total de su contenido económico, pues con ese total contenido económico es reflejado en el documento y es inscribible en el Registro de la Propiedad, produciendo efectos frente a terceros. Por eso, su carácter valuable lo es por el total de su contenido económico que, en los términos pactados, resulta inscribible... Lo condicionado no es, pues, ni la concesión del crédito por importe máximo de 113.301.010 euros ni la constitución misma de la hipoteca, sino sólo el incremento de cobertura de tal garantía hipotecaria que se constituye, incremento que es el que se somete a condiciones precisas cuyo cumplimiento permite elevar la cantidad garantizada hasta 130.101.010 euros (importe del principal del crédito, intereses, gastos y costas). Y toda esta operación compleja, en todos sus términos (incluida la parte condicionada), goza de la garantía que para el tráfico jurídico supone su formalización en documento público notarial y su inscripción en estos completos términos en el Registro de la Propiedad. Por tanto, es el acto en su integridad el que se documenta y el que debe ser valorado económicamente también en su íntegro contenido económico que es como accede al Registro ya que, incluso en esa forma parcialmente condicionada, se beneficia de su constancia en documento notarial y del acceso al Registro de la Propiedad y, desde ese mismo momento, perjudica a terceros. No pueden separarse las cláusulas de resolución anticipada por la entidad acreedora del préstamo concedido, pues en las cláusulas se establecen los casos en los que el préstamo se considerará vencido y consiguientemente resuelto, cláusulas que solamente tiene sentido puestas en relación con el préstamo concedido y que ha sido modificadas por la escritura notarial. Por otra parte, debe insistirse en que se mantiene el préstamo hipotecario."

Por consiguiente, la novación de dichas cláusulas financieras tiene un contenido económico de acuerdo a la sentencia reseñada que determina que se cumplan los presupuestos señalados en el artículo 31 del TRITPAJD por lo que la escritura objeto de discusión está sujeta a AJD.

Sexto.

En relación al beneficio fiscal discutido en las alegaciones, el artículo 9 de la Ley 2/1994 indica:

"Estarán exentas en la modalidad gradual de "Actos Jurídicos Documentados" las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, siempre que el acreedor sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta ley y la modificación se refiera a las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, a la alteración del plazo del préstamo, o a ambas."

El reclamante alega que la exención es aplicable siempre que se modifiquen o los tipos de interés o el plazo del préstamo, con independencia de que se modifiquen otras condiciones del mismo. Sin embargo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de marzo de 2019 (recurso de casación 6694/2017) indica que dicha exención se aplica en exclusividad a las cláusulas relativas al interés del préstamo, a la alteración del plazo del préstamo, o a ambas. De esta forma, el fundamento jurídico cuarto señala:

"Los apartados 2 y 3 del art. 4 de la Ley 2/1994, se refieren a modificación de las condiciones financieras del préstamo -sin perjuicio de que la escritura contenga otras condiciones-, esto es, afectan a la obligación, sin que alcancen a la modificación de la hipoteca, de suerte que esta permanece intacta, ni se altera su rango, ni se altera la responsabilidad hipotecaria, "no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación". En definitiva, cuando la escritura pública incorpora simplemente modificaciones sobre las cláusulas financieras, habrá de atenderse a estas para constatar si cumpliéndose los requisitos legalmente exigidos, esencialmente el de inscribibilidad y tener por objeto cantidad o cosa valuable, está la misma sujeta o no al gravamen de AJD, extendiéndose la exención del art. 9 de la Ley 2/1994, en exclusividad a las cláusulas relativas al interés del préstamo a la alteración del plazo del préstamo, o a ambas; determinándose la base imponible en atención al contenido material del hecho imponible, que en caso de la simple novación

modificativa de préstamo hipotecario incorporada a escritura pública se concreta en el contenido económico de las cláusulas financieras valiables que delimitan la capacidad económica susceptible de imposición."

Por consiguiente, procede desestimar las alegaciones de la reclamante en este punto.

Séptimo.

Respecto a la alegación referente a quién ostenta la condición de sujeto pasivo del impuesto, el artículo 29 del TRITPAJD, en su redacción anterior a la entrada en vigor del Real Decreto - ley 17/2018 de 8 de noviembre, establece:

"Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan."

No hay duda en que el sujeto pasivo de la primera escritura en la que se formaliza el préstamo con garantía hipotecaria es el prestatario, como así fue señalado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de noviembre de 2018 (Nº recurso 5911/2017), donde se indica:

"En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD y en relación, asimismo, con el artículo 18 del Reglamento de 1981, hoy art. 25 del vigente de 29 de Mayo de 1995, que, por cierto, ya se refiere a la constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca".

En el mismo sentido se pronuncian también las sentencias de 23 de Noviembre de 2001 , 24 de Junio de 2002 , 14 de Mayo y 20 de Octubre de 2004 y 27 de Marzo de 2006 . Esta última sentencia rechaza un recurso de casación para la unificación de doctrina, porque la doctrina contenida en la sentencia recurrida, que mantenía la tesis impugnada, no debe ser rectificadas porque coincide con la jurisprudencia de esta Sala que, de manera reiterada, ha entendido que el artículo 30 (hoy 29) del Texto Refundido del ITP y AJD de 1980 (artículo 68 del Reglamento) señala que, en la modalidad de documentos notariales del IAJD, "será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan" y que ese adquirente del bien o derecho sólo puede ser el prestatario, no ya por un argumento similar al de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas -arts. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido y con el art. 18 de su Reglamento- , sino porque el "derecho" a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque este se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía. En definitiva, cuando el art. 31 del Texto Refundido exigía, entre otros que ahora no interesan, el requisito de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca. Buena prueba de que es así la constituye el que el Reglamento vigente de 29 de Mayo de 1995 --que, aun no aplicable al supuesto de autos, tiene un indudable valor interpretativo--, en el párrafo 2º de su art. 68, haya especificado que "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

En el caso que aquí nos ocupa y de acuerdo al expediente, consta que la novación se ha instado por la reclamante de común acuerdo con la entidad financiera (folio 11 del expediente) tal y como se indica en la propia escritura. Por tanto, no hay motivo alguno en virtud del cual la condición de sujeto pasivo en esta escritura de modificación de préstamo con garantía hipotecaria pase a ostentarla el prestamista habiéndola ostentado el prestatario en la escritura primigenia, debiendo ser la reclamante en atención a lo señalado quien tenga la condición de sujeto pasivo de la modalidad impositiva AJD. Por ello, procede desestimar las alegaciones de la reclamante en este punto.

Octavo.

En relación a la determinación de la base imponible, el artículo 30 del TRITPAJD establece:

"1. En las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto directo cantidad o cosa valiable servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa. La base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos. Si no constare expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará como base el capital y tres años de intereses.

En la posposición y mejora de rango de las hipotecas o de cualquier otro derecho de garantía, la base imponible estará constituida por la total responsabilidad asignada al derecho que empeore de rango. En la igualación de rango, la base imponible se determinará por el total importe de la responsabilidad correspondiente al derecho de garantía establecido en primer lugar.

2. En las actas notariales se observará lo dispuesto en el apartado anterior, salvo en las de protesto, en las que la base imponible coincidirá con la tercera parte del valor nominal del efecto protestado o de la cantidad que hubiese dado lugar al protesto.

3. Se entenderá que el acto es de objeto no valuable cuando durante toda su vigencia, incluso en el momento de su extinción, no pueda determinarse la cuantía de la base. Si ésta no pudiese fijarse al celebrarse el acto, se exigirá el impuesto como si se tratara de objeto no valuable, sin perjuicio de que la liquidación se complete cuando la cuantía quede determinada."

La reclamante alega que la determinación de la base imponible no se ajusta a Derecho al no haberse producido alteración alguna en la responsabilidad hipotecaria como consecuencia de la novación del préstamo con garantía hipotecaria. A estos efectos, es preciso traer a colación de nuevo la sentencia de 13 de marzo de 2019 (recurso de casación 6694/2017) del Tribunal Supremo, cuyo criterio se reitera en la en la STS de 4-03-2020 (recurso 5580/2017). En dicha resolución judicial se expone:

"El art. 30 del Real Decreto Legislativo, que en lo que ahora interesa dispone que "En las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa". Como en otras ocasiones hemos dicho, esta expresión carece de contenido material, lo que exige que deba de dotársele de contenido en cada caso concreto atendiendo, como no puede ser de otra forma, al contenido material de cada hecho imponible susceptible del citado gravamen, en tanto que sólo a través del mismo se va a poder determinar el contenido del negocio jurídico valuable incorporado al documento, a través del cual va a identificarse la capacidad económica que se pretende gravar por el legislador. El camino adecuado, por tanto, debe ser, pues, conectar hecho imponible con base imponible.

En una simple novación modificativa, en la que no se extingue la relación jurídica preexistente y no se constituye una nueva, art. 1203 y ss del CC , sino que se limita a modificar la misma, como sucede, según consolidada jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal, en los supuestos de la alteración del plazo, la rebaja en los tipos de interés o la reforma de las formas de pago, entre otros, el valor que se documenta no es la totalidad de la convención que se modifica, sino aquellas condiciones que se ven modificadas sobre las que estrictamente se extiende la escritura pública.

Los apartados 2 y 3 del art. 4 de la Ley 2/1994 , se refieren a modificación de las condiciones financieras del préstamo -sin perjuicio de que la escritura contenga otras condiciones-, esto es, afectan a la obligación, sin que alcancen a la modificación de la hipoteca, de suerte que esta permanece intacta, ni se altera su rango, ni se altera la responsabilidad hipotecaria, "no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación". En definitiva, cuando la escritura pública incorpora simplemente modificaciones sobre las cláusulas financieras, habrá de atenderse a estas para constatar si cumpliéndose los requisitos legalmente exigidos, esencialmente el de inscribibilidad y tener por objeto cantidad o cosa valuable, está la misma sujeta o no al gravamen de AJD, extendiéndose la exención del art. 9 de la Ley 2/1994 , en exclusividad a las cláusulas relativas al interés del préstamo a la alteración del plazo del préstamo, o a ambas; determinándose la base imponible en atención al contenido material del hecho imponible, que en caso de la simple novación modificativa de préstamo hipotecario incorporada a escritura pública se concreta en el contenido económico de las cláusulas financieras valables que delimitan la capacidad económica susceptible de imposición."

En el presente caso, por tanto, la base imponible es el contenido económico de las cláusulas financieras valables que delimitan la capacidad económica susceptible de imposición. La base imponible de la liquidación objeto de controversia ascendió a 20.335.356, 52 euros, la cual incluía el principal, los intereses, costas y otros gastos. De acuerdo a lo expuesto, no debería ascender dicha magnitud tributaria al total de la responsabilidad hipotecaria sino únicamente al contenido económico de la cláusula sobre vencimiento anticipado. En conclusión, procede estimar las alegaciones de la reclamante relativas a la obtención de la base imponible, desestimando todas las demás referentes a la no sujeción, exención y condición de sujeto pasivo del impuesto.

Por lo expuesto

Este Tribunal Económico-Administrativo

ACUERDA

ESTIMAR EN PARTE el recurso, anulando la resolución impugnada en los términos señalados en la presente resolución.

Fuente: Sitio web del Ministerio de Hacienda.