



Agencia Tributaria de Andalucía

**CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**CIRCULAR 1/2011, DE LA DIRECCIÓN DE LA AGENCIA TRIBUTARIA DE ANDALUCÍA, DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS RELATIVOS A LA APLICACIÓN DE LOS IMPUESTOS SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS Y SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES.**

La Agencia Tributaria de Andalucía es, a tenor del artículo 1 de la Ley 23/2007, de 18 de diciembre, por la que se crea la Agencia Tributaria de Andalucía y se aprueban medidas fiscales, el órgano encargado de realizar, en régimen de autonomía de gestión, las actividades administrativas de aplicación de los tributos en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

La Agencia se estructura en servicios centrales y territoriales, creándose a estos efectos las Coordinaciones Territoriales, con sede en cada una de las ocho provincias andaluzas (artículo 17 del Estatuto de la Agencia Tributaria de Andalucía aprobado por Decreto 324/2009, de 8 de septiembre).

De otro lado, la Agencia Tributaria de Andalucía se subroga, en virtud de la Disposición Final Segunda de su ley de creación, en la posición de la Consejería competente en materia de Hacienda en, entre otras normas, el Decreto 106/1999, de 4 de mayo, por el que se determinan competencias en materia de gestión y liquidación de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y sobre Sucesiones y Donaciones, así como las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario.

El citado Decreto distribuye las funciones de gestión y liquidación de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y sobre Sucesiones y Donaciones entre las Delegaciones Provinciales u Oficina Tributaria de la Consejería de Economía y Hacienda (hoy a las Coordinaciones Territoriales de la Agencia) y las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario que se determinan en el Decreto.

De todo ello resulta la existencia de 101 órganos gestores encargados de la aplicación de los tributos, habiéndose apreciado la existencia de disparidad de criterios en determinados aspectos relativos a la gestión de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y sobre Sucesiones y Donaciones.

Con la presente Instrucción se pretende dar cumplimiento a los principios de igualdad y de seguridad jurídica, resultando necesario fijar y unificar criterios, con el objeto de que se aplique el ordenamiento jurídico de forma similar en la aplicación de los tributos como consecuencia de los procedimientos de gestión o de inspección que se lleven a cabo por las distintas Unidades, Áreas y Departamentos de la Agencia Tributaria de Andalucía y las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario.

Para la elaboración del presente documento se han tenido en cuenta, en primer lugar, las consultas vinculantes que realiza la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, a los supuestos en los que se de identidad de hecho y circunstancias respecto de las cuestiones que se plantean en las consultas realizadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 89 de la Ley General Tributaria.

Es así mismo necesario destacar la activa participación en su realización tanto de las distintas Unidades de las Coordinaciones Territoriales como de las Oficinas Liquidadoras, bajo la coordinación y supervisión de las distintas áreas del Departamento de Aplicación de los Tributos y, especialmente, del Área de Planificación de las Actuaciones Tributarias, a la que corresponde la elaboración de documentos que resulten de interés para la realización de las funciones de aplicación de los tributos, de conformidad con lo establecido en el apartado e) del punto I.2.2, de la Resolución del Consejo Rector de la Agencia Tributaria de Andalucía, por la que se atribuyen funciones a los Órganos y Unidades Administrativas.

Por todo ello, y en virtud del artículo 15.3.j) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Decreto 324/2009, de 8 de septiembre, que atribuye a la Dirección de la Agencia la competencia para orientar, coordinar, planificar, impulsar e inspeccionar la actividad de los servicios y del personal al servicio de la Agencia, se dictan la presente circular sobre unificación criterios relativos a la aplicación de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y sobre Sucesiones y Donaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 98.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

Estos criterios serán seguidos así mismo por las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario, ya que en virtud de la Disposición adicional sexta de la Ley 23/2007, de 18 de diciembre, en el ejercicio de las competencias que, en su caso, tengan delegadas las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario, corresponderán a la Agencia las funciones de dirección, coordinación, supervisión e inspección de las mismas, sin perjuicio de las competencias específicas de los órganos de la Consejería competente en materia de Hacienda.

## **1. Constitución de fianza de forma no simultánea a la constitución de hipoteca**

### Consulta V0430-06

La constitución de una fianza es una operación sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, salvo que quien la constituya sea un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, en cuyo caso tributará en el Impuesto sobre el Valor Añadido, en los términos que se exponen en el siguiente apartado. A estos efectos, debe atenderse al carácter del fiador, que es el que constituye la fianza, sin que sea relevante la condición del acreedor afianzado.

Sin embargo, si la fianza se constituye en garantía de un préstamo, dicha operación tributará exclusivamente por el concepto de préstamo. Ahora bien, para ello es necesario que la constitución de la fianza sea simultánea con la concesión del préstamo o, al menos, que en su otorgamiento estuviese

prevista la posterior constitución de la fianza, sin que sea suficiente la previsión de la mera posibilidad de que se constituya la fianza.

En el caso de que la constitución de fianza no esté sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, por no ser constituida por un sujeto pasivo de dicho impuesto, su tratamiento en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados será el siguiente:

**1.1. Constitución de fianza con motivo de una subrogación de un préstamo por un tercero, si la escritura de constitución del préstamo establece una mención sobre la hipotética constitución futura de una fianza.**

La constitución de la fianza estará sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, siendo la base imponible el importe del capital garantizado, por no cumplirse los requisitos exigidos en el artículo 25.1 del Reglamento del ITP para tratar de forma unitaria el préstamo y la fianza.

**1.2. Constitución de fianza en una escritura pública de ampliación de un préstamo hipotecario, teniendo en cuenta que la fianza garantiza la totalidad del préstamo y que la escritura pública original no incluía la cláusula.**

Como en el caso anterior y por el mismo motivo, la constitución de la fianza estará sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, siendo la base imponible el importe del capital garantizado tras la ampliación.

**1.3. Ampliación de fianza junto a la ampliación del préstamo hipotecario tras la constitución del préstamo hipotecario con constitución de fianza.**

Tanto la constitución de la fianza inicial como la que se constituye en la ampliación del préstamo cumplen el requisito exigido en el artículo 25.1 del Reglamento del ITP, pues ambas son simultáneas al préstamo inicial y a su ampliación respectivamente, por lo que ni la constitución de la fianza ni su ampliación tributarán en el ITP.

**1.4. Constitución de fianza en sustitución de otra fianza anterior constituida conjuntamente con el préstamo.**

Como en los dos primeros casos y por el mismo motivo, la constitución de la nueva fianza estará sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, siendo la base imponible el importe del capital garantizado (salvo que tal sustitución estuviera prevista en la escritura pública de constitución del préstamo, sin que sea suficiente la mera previsión de su sustitución). En esta caso, la base imponible será también el importe del capital garantizado. Por el contrario, la cancelación de la primera fianza no es hecho imponible del ITP.

**1.5 Constitución de fianza por un sujeto pasivo de IVA: Sujeta a IVA + AJD**

Si la fianza se constituye por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, tributará en el Impuesto sobre el Valor Añadido. A estos efectos, debe atenderse al carácter del fiador, que es el que constituye la fianza, sin que sea relevante la condición del acreedor afianzado. En

este caso no tributará, por tanto, por TPO ya que es incompatible con el IVA, y en ningún caso por AJD, al no cumplirse los requisitos del art 31.1 del TR 1/1993.

### **1.6. Modificaciones de fiadores, cambio de uno por otro, incorporación o eliminación de un/varios fiadores.**

Al ser la fianza un derecho personal, cualquier cambio en la figura del fiador supone un nuevo hecho imponible de transmisiones patrimoniales onerosas, siendo la base imponible el capital garantizado, siempre y cuando el fiador no sea empresario o profesional actuando en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales.

## **2- EXTINCIÓN DE CONDOMINIO con excesos de adjudicación de una finca indivisible o que desmerezca mucho por su división que pertenece en proindiviso a varios comuneros y se adjudica a uno solo de ellos compensando a los demás en metálico**

### **2.1- Base Imponible.**

La disolución del condominio de un bien indivisible, normalmente una vivienda documentada en escritura pública, cumple todos los requisitos del artículo 31.1 del T.R. de la Ley de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados ( Documento notarial, valuable, inscribible en el Registro de la Propiedad y no tributa por TPO, OS ni AJD ), en virtud del artículo 61.2 del Reglamento de Transmisiones.

El artículo 30 de la Ley establece la base imponible de AJD:

*"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..."*

Por tanto, la base imponible será el valor del total del bien adjudicado al adjudicatario del inmueble, que habrá de compensar en metálico al otro comunero.

### **2.2 ¿Procede aplicar el 0,3% a la extinción del condominio?.**

El artículo 14.b) de la Ley 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras, establece el requisito fundamental de la adquisición de vivienda para poder disfrutar de dicho beneficio fiscal.

Sin embargo, la disolución del proindiviso no es más que la transformación del derecho que el comunero tiene sobre la cosa común, reflejado en su cuota de condominio, que se convierte en propiedad exclusiva sobre la cosa que la disolución individualiza, no existiendo una transmisión propiamente dicha, ni a efectos civiles ni fiscales, sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente.

Por tanto, no procede la aplicación del tipo reducido, sino que se ha de aplicar el tipo general del 1%.

### **2.3. Extinción parcial del condominio que pertenece en pro indiviso a varios comuneros y se adjudica a algunos de ellos en pro indiviso.**

Consultas V0915-07 y V0332-10

Debe analizarse en primer lugar la naturaleza jurídica de la operación que se pretende realizar, que consiste en que los adjudicatarios adquieren las partes indivisas que tienen el resto de los copropietarios del inmueble en cuestión, que pasarían a tener una cuota mayor de participación en el mismo. Precisamente el hecho de que varios comuneros sigan manteniendo su participación en la vivienda es lo que impide calificar a la operación descrita como disolución de la comunidad de bienes sobre la vivienda. La comunidad de bienes no se extingue, sino que persiste, pues la propiedad de la vivienda sigue perteneciendo pro indiviso a varias personas. Lo que ocurre es que se reduce el número de copropietarios.

En consecuencia, la operación que se realiza es la transmisión de cuotas de participación indivisas sobre una vivienda que efectúan varios de los copropietarios a favor del resto de comuneros, que también son copropietarios, lo cual encaja en el hecho imponible de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD descrito en el artículo 7.1.A) del TRLITPAJD, a la cual queda sujeta la transmisión de las cuotas de participación indivisas sobre la vivienda por el concepto de transmisión onerosa de bienes inmuebles.

Por último, la sujeción de la operación a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas impide la sujeción de la escritura pública en que se formalice la transmisión a la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, por faltar uno de los requisitos exigidos por el artículo 31.2 del TRLITP, cual es que la escritura pública no contenga actos o contratos sujetos a las modalidades de transmisiones patrimoniales onerosas u operaciones societarias o al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Conclusión: La transmisión por parte de los copropietarios de sus respectivas cuotas de participación en la comunidad de bienes sobre una vivienda a otro de los copropietarios, sin que se extinga la comunidad de bienes por permanecer dos personas como comuneros, está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por el concepto de transmisión onerosa de un bien inmueble.

### **2.4 Segregación/división material/Obra nueva seguida de disolución de comunidad (simultáneas).**

Este criterio ha pasado por varias vicisitudes, imponiéndose finalmente la Jurisprudencia, que afirmaba que la división horizontal no tributaba si iba seguida de la extinción de condominio en el mismo documento.

Sin embargo, existe una consulta vinculante de 5/11/2009 (V2471-09) que establece la tributación de los tres hechos imposables independientemente.

Al amparo de la consulta y con carácter obligatorio debemos adoptar dicho criterio.

**3- Aplicación de los tipos reducidos a escrituras de ampliación de hipoteca, precedidos/simultáneas a una compraventa con subrogación.**

Hecho imponible: Actos Jurídicos Documentados, tributarían al tipo general.

Consulta DGT 1/2005

*“El artículo 14 de la Ley hace referencia exclusivamente a la “constitución de préstamos hipotecarios” y no a sus posteriores vicisitudes como es la ampliación, así que entendemos que esta ampliación de hipoteca no podría acogerse a la aplicación del tipo reducido, aun cuando fuera en el mismo protocolo”*

Consulta DGT 27/2004

*“El artículo 14 de la mencionada Ley 10/2002 hace referencia exclusivamente a la “constitución de préstamos hipotecarios” y no a sus posteriores vicisitudes como es la ampliación, así que entendemos que esta ampliación de hipoteca no podría acogerse a la aplicación del tipo reducido.”*

**4.- Aplicación de los tipos reducidos a escrituras de adquisición de vivienda habitual y garaje, cuando la suma del precio de ambas fincas supera los 130.000.euros, pero por separado el precio de la vivienda es inferior.**

Para escrituras de adquisición de vivienda habitual y garaje, cuando la suma del precio de ambas fincas supera los 130.000.euros, pero por separado el precio de la vivienda es inferior, se aplicarán los tipos generales

D. L. 1/2009, de 1 de septiembre: TR de las Disposiciones dictadas por la CCAA en materia de tributos cedidos.

Art. 2: Concepto de vivienda habitual: A los efectos previstos en esta Ley, se entenderá por vivienda habitual la que cumpla los requisitos contenidos en la normativa estatal del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Instrucción 2/2003:

El concepto de vivienda habitual está definido en el artículo 51 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que con carácter general considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado, de al menos, tres años. Para los casos específicos como fallecimiento, matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral y otra análogas se estará a lo dispuesto en el citado artículo.

Del mismo modo el artículo 51. 2 del Reglamento de IRPF, establece que para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente, habrá de ser habitada de manera efectiva y con carácter

permanente por el propio contribuyente en un plazo de 12 meses, contados a partir de la fecha de adquisición.

Teniendo en cuenta todo lo anterior para aplicar el tipo reducido en el documento que formalice la transmisión se hará constar expresamente que se destinará a vivienda habitual, los órganos gestores darán por concluido el expediente, sin perjuicio de la posterior comprobación administrativa, que se realizará por los Servicios de Inspección Tributaria.

Para el límite de los 130.000 euros estaremos a lo dispuesto en el artículo 52.2 del Reglamento de IRPF, por lo que el importe englobará a la vivienda, trastero y plazas de garaje con un máximo de dos, siempre que se adquieran conjuntamente con la vivienda y se formalicen en el mismo documento.

**5- Aplicación de los tipos reducidos a escrituras de constitución de hipoteca, hipotecando varias fincas, cuando el préstamo supera los 130.000.- euros, pero la finca que se adquiere tiene una responsabilidad atribuida inferior a 130.000 euros.**

Se trataría de un hecho imponible de AJD, Documento Notarial.

Al ser el préstamo superior a 130.000 euros tributaria al 1%

Decreto-Ley 4/2010, de 6 de julio, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad.

Artículo 27. Tipo impositivo reducido para promover una política social de vivienda.

En los supuestos previstos en el artículo anterior se aplicará el tipo de gravamen reducido del 0,3 por ciento en la adquisición de viviendas y constitución de préstamos hipotecarios efectuados por sujetos pasivos menores de 35 años o que tengan la consideración legal de persona con discapacidad, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Para el caso de adquisición de vivienda, que el inmueble adquirido se destine a vivienda habitual y su valor real no sea superior a 130.000 euros.

b) Para el caso de constitución de préstamo hipotecario, que éste se destine a la adquisición de vivienda habitual de valor real no superior a 130.000 euros y siempre que el valor del principal del préstamo no supere esta cantidad.

En los supuestos de adquisición de vivienda y constitución de préstamos por matrimonios o parejas de hecho, el requisito de la edad o, en su caso, de la discapacidad deberá cumplirlo, al menos, uno de los cónyuges o uno de los integrantes de la pareja de hecho inscrita en el Registro de Parejas de Hecho previsto en el artículo 6 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.

## **6- Aplicación de tipo reducido a la adquisición de solar destinado a construir la vivienda habitual del adquirente.**

Hecho Imponible: TPO. Se aplican tipos reducidos

Comunicación 2/2008 DGT

Se aplicará los tipos reducidos del 3,5 % o 0,3% a los supuestos de adquisición de solar para construir la vivienda habitual y de adquisición de inmueble para derribarlo y construir la vivienda habitual con los requisitos legal y reglamentariamente establecidos en la normativa del Impuesto del Renta de las Personas Físicas. La ley del IRPF, se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de al menos, tres años. Por su parte, para que la vivienda adquirida constituya la residencia habitual del contribuyente, es preciso que sea habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de obras

## **7- Transmisiones de viviendas efectuadas por EPSA**

### **A) Adquisiciones efectuadas por EPSA: Hecho imponible de ITP. Sujeto y exento**

CIRCULAR: N° 3/2004

ASUNTO: Exención subjetiva de la Empresa Pública del Suelo de Andalucía (EPSA) en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

*"Este Centro Directivo, en virtud de todo lo anteriormente expuesto, y en concordancia con las recientes sentencias emanadas por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a través de la presente comunicación establece el criterio que, en lo sucesivo, no se giren liquidaciones a la Empresa Pública del Suelo de Andalucía (EPSA) por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, al entender que goza de exención subjetiva."*

ORGANO: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

SEDE: Sevilla

SECCION: 2

N° DE RECURSO: 544/2002

*"En definitiva, clasificada en los términos visto la empresa pública del suelo de Andalucía, EPSA, organismo autónomo, forma parte de la Administración Institucional de la Comunidad Autónoma, por lo que le es de aplicación la expresa exención subjetiva"*

## **B) venta/transmisión de viviendas por EPSA.**

En las ventas que realiza EPSA deben distinguirse dos supuestos:

1º.- Viviendas construidas/promovidas directamente por EPSA: sujetas a IVA

2º.- Viviendas cedidas por la Junta de Andalucía a EPSA para su posterior transmisión a los titulares de contratos privados de arrendamiento o de compraventa:

Habría que distinguir si la transmisión de la vivienda efectuada por EPSA está exenta o no del Impuesto.

Para ello hay que determinar si se trata de una primera entrega o de una segunda entrega de edificaciones.

Para que se trate de una primera entrega es necesario:

1º) Que la edificación se entregue por el promotor.

2º) Que la edificación no haya sido utilizada ininterrumpidamente por un plazo igual o superior a dos años por su propietario o por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra.

3º) Que si se ha producido la utilización expuesta en el punto anterior, sea el adquirente quien utilizó la edificación durante el referido plazo.

La cesión de competencias de la Junta de Andalucía al EPSA es tal que supone un vaciado de contenido del derecho de propiedad de modo que es a EPSA al que corresponde la totalidad de facultades de disposición, situación que se pone de manifiesto en su propio Estatuto jurídico cuando establece que al mismo le corresponden las labores de mantenimiento, uso y aprovechamiento de las distintas viviendas así como la enajenación de los bienes pertenecientes a su patrimonio. En estas circunstancias, la cesión de las viviendas constituye primera entrega de bienes a los efectos del Impuesto puesto que es realizada por un promotor, Junta de Andalucía, teniendo la consideración de operación sujeta y no exenta, a pesar de que en algunos casos, no se haya transmitido la propiedad jurídica del bien. La posterior entrega de la vivienda al particular constituye una segunda entrega a efectos del Impuesto y por tanto sujeta y no exenta sin posibilidad de renuncia ya que el adquirente de la misma no es un empresario o profesional. Por lo tanto el tipo aplicable sería el 7% o el 3,5% en función de si se cumplen o no los requisitos recogidos en el Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos.

Si EPSA transmite viviendas en las que no actuase como promotor de ellas, sino que hayan sido adquiridas previamente, estaríamos en lo antes mencionado.

Si la transmisión es de viviendas en las que EPSA haya promovido su construcción y posterior venta, habría que atender a la calificación de esas viviendas para determinar el tipo impositivo aplicable:

Si promueve la construcción de VPO, y la venta de estas se produce conforme a las normas y plazos establecidos para VPO, estas transmisiones estarían exentas del impuesto.

Para cualquier otro tipo de calificación protegida no asimilada a VPO, se aplicaría el tipo reducido recogido en la normativa andaluza si se cumplen los requisitos del Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre,

por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos.

**8. Redistribución de hipoteca sobre las nuevas fincas resultantes de la división horizontal tras una ampliación del préstamo al promotor.**

Redistribución de hipoteca: hecho imponible de AJD

CV DGT V0672-09.

Conforme al artículo 4 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (BOE de 20 de octubre), "a una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho, pero cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas, salvo en los casos en que se determine expresamente otra cosa". El escrito de consulta hace referencia a la ampliación de un préstamo hipotecario, redistribuyendo la carga hipotecaria a consecuencia de la nueva división horizontal. Por lo tanto, nos encontramos ante el supuesto de hecho contemplado en el citado artículo 4, un único documento que comprende dos convenciones diferentes, la ampliación de un préstamo hipotecario y la redistribución de la responsabilidad hipotecaria, que, por tanto, deberán tributar de forma separada e independiente, en ambos casos por el concepto Documento Notarial de la modalidad Actos Jurídicos Documentados por reunir todos los requisitos exigidos en el artículo 31.2 del Texto Refundido:

- Tratarse de una primera copia de una escritura notarial.
- Tener por objeto cantidad o cosa valuable.
- Contener un acto o contrato inscribible en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial.
- Que el citado acto o contrato no esté sujeto a la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas, Operaciones Societarias o al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Respecto a la ampliación del préstamo la base imponible no estará constituida por la responsabilidad hipotecaria total, sino tan sólo por la añadida en la ampliación, entendiéndose que la base imponible debe fijarse en función del incremento de la responsabilidad hipotecaria, es decir, por el importe del principal ampliado, más los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos.

Respecto de la tributación por el gravamen gradual de actos jurídicos documentados en relación a la redistribución de la carga hipotecaria del préstamo, dado que el objeto valuable lo constituye la propia hipoteca que se redistribuye, ésta será la base sobre la que deberá girarse el gravamen gradual del documento notarial; es decir, la base imponible estará constituida por la suma del valor inicial del préstamo más el de la ampliación del mismo, más los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos, ya que el acreedor puede repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las fincas adquiridas."

## 9- Base imponible en escrituras de ampliación de hipoteca.

Consulta V0271-04 : “la base imponible no estará constituida por la responsabilidad hipotecaria total, sino tan sólo por la añadida en la ampliación, entendiéndose que la base imponible debe fijarse en función del incremento de la responsabilidad hipotecaria, es decir, por el importe del principal ampliado, más los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos”

El cálculo del incremento de la responsabilidad ampliada se hará por la diferencia entre las responsabilidades inicial y la nueva que se establece tras la ampliación.

Ejemplo:

Constitución del préstamo	
Principal=	200.000
Interés ordinario 3 años al 3% =	18.000
Interés de demora 2 años al 8% =	16.000
Costas y gastos 20% =	40.000
	<u>TOTAL= 274.000</u>

Ampliación de 100.000 euros = 100.000 euros con novación de intereses ordinarios que pasan al 5% e Intereses de demora al 12%

Total Principal	300.000
Total I.Ord 15%	45.000
Total I.Dem 24%	72.000
Costas y G. 20%	<u>60.000</u>

NUEVA RESPONSABILIDAD TOTAL= 477.000

BASE IMPONIBLE DE LA AMPLIACIÓN: 477.000 – 274.000= 203.000

## 10- Viviendas incluidas en el concepto de viviendas protegidas

El Decreto 149/2003, de 10 de junio, por el que se aprueba el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 2003-2007, y se regulan las actuaciones contempladas en el mismo, en su artículo 88 señala que se entiende por “vivienda protegida” la que cumpla las condiciones de uso, destino, superficie, calidad, diseño y precio de venta o alquiler establecidas para cada uno de los Programas en los planes Andaluces y Estatales de vivienda y suelo y obtenga calificación definitiva como tal por la Consejería de Obras Públicas y Transportes. Con respecto al precio máximo de venta, en la misma norma, el artículo 93 establece que las viviendas protegidas, durante el periodo legal de protección no podrán ser enajenadas a un precio superior al fijado para una vivienda protegida calificada provisionalmente en la fecha en la que se produzca la transmisión en la misma localidad.

Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la vivienda protegida y el Suelo.

1. Se entiende por vivienda protegida, a efectos de la presente Ley, la que cumpla las condiciones de uso, destino, calidad, precio de venta o alquiler y, en su caso, superficie y diseño, establecidas en esta Ley y en las demás disposiciones que resulten de aplicación y sean calificadas como tales por la Consejería competente en materia de vivienda.

2. También tendrán esta consideración los alojamientos que, de acuerdo con lo establecido reglamentariamente, sean calificados como protegidos por la Consejería competente en materia de vivienda, que se integren en conjuntos que constituyan fórmulas intermedias entre la vivienda individual y la residencia colectiva, en los términos en que se establezca.

La cesión de estas viviendas, que pueden vincularse con dotaciones y servicios comunes, podrá realizarse de manera independiente entre ellas.

#### Instrucción 2-2003:

Concepto de vivienda protegida y acreditación: Para la aplicación del tipo reducido habrá de tenerse en cuenta que por vivienda protegida se entiende cualquier modalidad de la existente en la Comunidad Autónoma, sean de régimen especial, promoción pública etc... que requieran una calificación como tal por la Consejería de Obras Públicas y Transportes. Es decir debe haber en todo caso una resolución administrativa en la que de forma expresa se le otorga a la vivienda la calificación de vivienda protegida. En ningún caso se ha de confundir la calificación objetiva de la vivienda como protegida con las ayudas o subvenciones personales para la adquisición de las misma. La acreditación se realizará mediante la cédula de calificación definitiva que la Delegación de Obras Públicas y Transportes haya otorgado en su momento. Para lo cual podrá unirse a la copia autorizada testimonio de dicha calificación, o bien indicar el fedatario en el documento la fecha y número de la misma. En otro caso será necesario que se aporte al expediente.

El tipo reducido sólo será aplicable en aquellos supuestos en los que en el momento de realización del hecho imponible la vivienda no ha sido descalificada, por el transcurso del tiempo reglamentariamente establecido, o por cualquier otra razón, por lo que habrá que estar a los supuestos de hecho que se den en cada transmisión

Las exenciones del artículo 45 del Texto Refundido del ITPAJD, en su apartado 12, fueron referidas a las denominaciones de actuaciones protegidas existentes cuando fue aprobado dicho texto refundido; es decir las viviendas que estuvieran encuadradas bajo el régimen de viviendas de protección oficial. Al tratarse de un beneficio fiscal la exención tratada, actualmente la aplicación del mismo debe hacerse de una manera restrictiva, por lo que la exención sólo es aplicable a aquellas actuaciones que hubieran sido calificadas o encuadradas en la clase de viviendas de protección oficial, quedando por tanto fuera del beneficio aquellas otras amparadas bajo denominaciones distintas.

Para estas otras viviendas si son de aplicación los tipos reducidos recogidos en el Decreto legislativo 1/2009, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos, siempre que se cumpla con los requisitos exigidos en cada norma.

No obstante, una vivienda podrá acceder a la exención prevista en el artículo 45.I.B.12 del T.R. de la Ley del ITPAJD, aunque la denominación sea de vivienda de protección pública, en la medida en que se

cumplan los requisitos fijados en la normativa sobre Vivienda de Protección Oficial, lo que deberá ser apreciado en cada caso de forma independiente.

### **11- Liberación de deudores/prestatarios o inclusión de nuevos.**

En los casos que no procede tributar por el Impuesto sobre Donaciones, al no ser un hecho inscribible, no tributaría por AJD.

#### Consulta V1669-08

En la novación de un préstamo consistente en incluir al consultante en condición de deudor, asumiendo el consultante parte de la deuda de la consultante, si la liberación de la deuda de ella se realiza sin contraprestación, tal operación está sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, por el concepto de donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e "intervivos", por tratarse de la asunción liberatoria de la deuda de otro sin contraprestación (artículo 12, RISD).

No obstante lo anterior, si la parte del importe del préstamo correspondiente al consultante fue prestado por la consultante, la novación descrita no constituiría el hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones referido en la conclusión anterior, ya que faltaría el "animus donandi" –la intención de hacer una liberalidad– inherente a los negocios lucrativos y necesario para la configuración del hecho imponible de este impuesto, circunstancia que deberá ser suficientemente probada por los interesados, para enervar la presunción que se deriva del contrato de préstamo hipotecario formalizado en escritura pública.

### **12.- IVA en las subastas judiciales.**

No transmite el Juzgado, sino la persona física o jurídica subastada.

#### Sentencia del T. Supremo de 05.10.2006

*"Dos son los extremos que la sentencia de instancia analiza:*

*1º/ La determinación de quién es el transmitente en subasta judicial y 2º/ La subasta como entrega de bienes en el desarrollo de la actividad empresarial del promotor deudor.*

*1º/ En cuanto al primer extremo, la Sala "a quo" entiende que cuando se trata de la transmisión de derechos reales, la condición de "transmitente" y "adquirente" no viene alterada por "el modo en que se efectúe la transmisión" ya que, tanto si la transmisión es voluntaria (venta, donación .) como si es forzosa (quiebra, ejecución judicial, ejecución notarial extrajudicial), el transmitente es el titular del derecho real que se cede, con independencia de quien sea la persona u órgano que "formalice" o documente dicha transmisión. El Juzgado se limita a encauzar y formalizar la venta que se impone forzosamente al propietario deudor, pero no le suplanta como tal cedente si no es en el plano instrumental y documental. En el plano de la transmisión de los derechos reales, la propiedad se transmite directamente del propietario-deudor al adquirente-adjudicatario, sin que en el intermedio el Juzgado haya detentado en*

*momento alguno la propiedad del inmueble. La propiedad de la finca no pasa del deudor al Juzgado y de éste al adjudicatario sino que el Juzgado se limita a efectuar la venta de los bienes del deudor "por la fuerza" y a documentar la misma mediante el auto de adjudicación. La suplantación del deudor se limita a dictar auto de adjudicación en lugar de la escritura de venta que debería realizar el deudor, pero esta sustitución en la posición del deudor (que lleva a la demandante a argumentar que la transmisión la efectúa el Juzgado) lo es en el plano instrumental o documental librando el título inscribible en el Registro de la Propiedad, pero no en el plano de la transmisión de los derechos reales, que es de lo que aquí se trata.*

*2º/En cuanto al segundo extremo, recuerda la sentencia que el art. 4. de la Ley 37/1992 , del IVA, dispone: «Uno. Estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del Impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional».*

*En nuestro caso parece claro que nos encontramos con una entrega de bienes realizada por empresario a título oneroso; la duda radica en si se puede entender que la venta en subasta derivada de un proceso de ejecución de deudas puede entenderse como venta "en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional". Si se entendiese que la intermediación judicial priva a la venta de su condición de transmisión realizada en el desarrollo de actividad empresarial, quedaría vacío de contenido el art. 8.dos.3º de la Ley 37/92 que, a la hora de definir el concepto de "entrega de bienes" a efectos de la sujeción al IVA, indica que también se considerarán entregas de bienes: "3º) las transmisiones de bienes en virtud de una norma o de una resolución administrativa o jurisdiccional, incluida la expropiación forzosa". Pues bien, si conforme a la tesis de la parte demandante, la entrega de bienes por subasta judicial no está sujeta al impuesto porque la intervención judicial desnaturaliza el requisito de que se efectúe en el desarrollo de la actividad empresarial, cabe preguntarse en qué supuestos se aplicaría el art. 8.dos.3º de la Ley , ya que en 4 tales casos de transmisiones en virtud de resoluciones administrativas o judiciales, nunca habría acto propio de actividad empresarial, haciendo inaplicable dicho precepto.*

Por ello, debe entenderse que la actividad empresarial (en este caso de promotor inmobiliario) está integrada tanto por la típica venta voluntaria de pisos para obtener la rentabilidad propia de este negocio, como por la venta forzosa derivada de la necesidad de atender las deudas derivadas de esta misma actividad empresarial."

### **13.- Dación en pago de deuda con valor del inmueble inferior al crédito.**

El artículo 7.1 A) del TRLITPAJD considera sujetas a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas a las transmisiones onerosas por actos "intervivos" de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.

El art 7.2 en su apartado A) establece que se consideran transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto, las adjudicaciones en pago y para pago de deudas, así como las adjudicaciones expresas en pago de asunción de deudas

El supuesto de dación en pago de deuda es aquél en que el pago se realiza mediante una prestación diferente a la debida extinguiéndose también la obligación ( generalmente se entregan bienes inmuebles en lugar de dinero), dicho acto está sujeto a TPO ( salvo en el caso en que nos encontremos ante una primera entrega de bien inmueble que tributará por IVA), donde el sujeto pasivo será el acreedor que recibe el bien, el tipo será el 8, 7 ,3,5 ,2 o 4% ( dependiendo el importe de la base imponible y de si el bien entregado en dación del pago de la deuda es mueble o inmueble, y la base imponible será el valor real del bien transmitido, según establece el artículo 10 , es decir deduciendo únicamente las cargas que disminuyan el valor real de los mismos

Por otro lado en este tipo de operaciones, habrá que comprobar que estas no vayan unidas a otro negocio jurídico gratuito que implique indirectamente una atribución patrimonial sujeta al ISyD, en virtud del artículo 12 del Reglamento, como es la condonación total o parcial de la deuda. La condonación o remisión de la deuda por el acreedor al deudor es un caso típico de negocio jurídico intervivos que debe quedar sujeto al impuesto, puesto que en virtud de la condonación- que no es más que una renuncia del crédito -, el acreedor queda disminuido en su patrimonio y el deudor resulta incrementado en el mismo en proporción al importe del crédito. La condonación constituye un hecho imponible por el concepto de donación en el Impuesto, siempre que la residencia habitual del donatario esté en Andalucía

Para girar una liquidación por el concepto de donación o exigir autoliquidación de la misma, será preciso comprobar la aceptación del donatario, ya que establece el artículo 618 del Código Civil, que la donación requiere la aceptación del donatario, por lo que hasta que la misma no se verifique no puede entenderse realizada la adquisición por el donatario, y en consecuencia el hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

A la hora de calificar el hecho imponible y ver su tributación, tendremos que ver si la condonación recae sobre un particular, persona física en cuyo caso tributará como donación ,o sobre un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad profesional , en cuyo caso tributará por el IRPF como rendimiento de actividad económica, ya que el art 3.1 LSyD dispone que el incremento patrimonial gratuito estará sujeto a donaciones siempre y cuando el mismo incremento no esté sujeto al IRPF

Por tanto, si los intervinientes en la operación no son empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad: por el valor del inmueble se tributaría por transmisiones, y la diferencia se consideraría donación.

Si intervienen empresarios o profesionales, que es el caso más común, por ejemplo, dación en pago de una persona física a una entidad financiera, por el valor del inmueble se tributaría por transmisiones, y la diferencia tributaria en IRPF, como ganancia patrimonial.

#### **14.- Modificación de Obra Nueva y de División Horizontal. Base Imponible: lo modificado o todo el inmueble?**

Modificación consistente en redistribución de las cuotas, sin ampliación de obra nueva y sin alteración de superficies:

Al no existir contenido valuable nuevo distinto a la primitiva obra nueva y división horizontal modificada, no se devenga nuevamente AJD (Criterios Consultas del MEH: de25-01-06 y V1458-09)

Consulta V-DGT 1845-06: *“La consecuente variación de las cuotas de participación de los elementos privativos del edificio no supone el devengo de la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados, siempre que no se alteren las superficies de los pisos y locales que lo componen, al faltar el requisito de que la escritura pública tenga por objeto cantidad o cosa valuable, ya que lo valuable en la constitución de edificios en régimen de propiedad horizontal es el valor real de coste de la obra”*

Modificación consistente en ampliar la superficie de la inicial ON y DH:

Nuevo gravamen AJD, base imponible constituida sólo por la superficie ampliada (también según los criterios de Consultas del MEH), por el valor de lo modificado (TEAC 130 de 11-1-1996 y 26-5-1992).

### **15.-Minusvalías en Sucesiones, porcentaje aplicable Invalidez reconocida por la Seguridad Social.**

Consulta DGT 1/2008

“Para el caso de discapacidad igual o superior al 33 por ciento será preferentemente el certificado de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía u órgano competente; en su defecto, y tratándose de pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad para el servicio o inutilidad bastará la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa de reconocimiento de la citada pensión.

Para el caso de discapacidad igual o superior al 65 por ciento será obligatoria la presentación del certificado de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía u órgano competente, acreditativo del grado concreto.

Tratándose de discapacitados cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance el grado del 65 por ciento, bastará con la sentencia judicial de incapacitación dictada en el ámbito del ordenamiento civil y bajo el procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil ”

### **16- Novaciones en pólizas de crédito y en créditos de cuenta corriente( hipoteca abierta)**

Sujeta a AJD Tipo 1%.

No se le aplica la exención de novaciones de préstamo con garantía hipotecaria

### Consulta DGT 309-10

“El artículo 31.2 del TRITPAJD, referido a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales, determina lo siguiente: “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”. De acuerdo con dicho precepto, la primera copia de escritura notarial que documente la novación de un crédito hipotecario estará sujeta a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados, cuando concurren los siguientes requisitos: Tratarse de la primera copia de una escritura notarial. Ser inscribible en el Registro de la Propiedad. Tener contenido valuable. No estar sujeta a las modalidades de Transmisiones Patrimoniales Onerosas ni de Operaciones Societarias o al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Por otra parte, el artículo 45.I.C) del texto refundido dispone que “Con independencia de las exenciones a que se refieren los apartados A) y B) anteriores, se aplicarán en sus propios términos y con los requisitos y condiciones en cada caso exigidos, los beneficios fiscales que para este impuesto establecen las siguientes disposiciones: 24.<sup>a</sup> (publicado erróneamente como 23<sup>a</sup>) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios” El artículo 9 de la citada Ley 2/1994, en la redacción actual, dada por el artículo 10.2 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, dispone que “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.º 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”.

De acuerdo con dichos preceptos, la operación debe calificarse como novación del crédito y por ello la primera copia de la escritura notarial que documente dicha operación cumple los cuatro requisitos citados, por lo que estará sujeta a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos, sin que resulte aplicable la exención regulada en dicho artículo a la escritura notarial que documente la citada operación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre de 2003), que establece que “No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales” y el citado artículo se refiere al supuesto de préstamos hipotecarios por lo que no se puede extender a las cuentas de crédito hipotecario”

### Consulta V0309-10

“De acuerdo con dichos preceptos, la operación debe calificarse como novación del crédito y por ello la primera copia de la escritura notarial que documente dicha operación cumple los cuatro requisitos citados, por lo que estará sujeta a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos, sin que resulte aplicable la exención regulada en dicho artículo a la escritura notarial que documente la citada operación de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre de 2003), que establece que "No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales" y el citado artículo se refiere al supuesto de préstamos hipotecarios por lo que no se puede extender a las cuentas de crédito hipotecario."

**17.- Participaciones de herencias o en constituciones de pro-indivisos: ¿Proceden las liquidaciones previstas en el art. 22.4º y 5º del Texto Refundido cuando se solicita la reducción de empresa familiar? Posiblemente continuarán con la explotación agrícola/negocio familiar.**

Para estos casos hay que diferenciar dos hechos imponibles diferentes, cada uno sujeto a una tributación distinta:

Por un lado un fallecimiento que produce el devengo del ISyD, y entre los bienes que conforman el caudal relicto se encuentra una empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades, que por reunir una serie de requisitos pueden acogerse a la reducción del artículo del art 20.2 c) .Requisitos que son los siguientes:

- .-Empresa o negocio generador de rendimientos sujetos a actividades económicas en el IRPF.
- .-Causante Ejercicio de la actividad de forma habitual, personal y directa. y que sea su principal fuente de renta en su IRPF.
- .-Sucesor. Parentesco: cónyuge, descendiente o adoptado. De no haber descendientes o adoptados, ascendientes, adoptantes y colaterales hasta el tercer grado.
- .-Mantenimiento de la adquisición durante diez años. Debe pues conservarse la adquisición durante los diez años siguientes al devengo del ISD, añadiendo el apartado c) del art. 20.6, aplicable a las transmisiones "mortis causa" que no se podrán realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición. Ello precisa de una puntualización:

- La DGT ha interpretado de manera flexible este requisito, poniendo el énfasis en que lo decisivo no es el mantenimiento de la forma jurídica de empresa individual o negocio profesional ni de la actividad, ni la conservación estática de los activos que la integran, sino que en ningún caso se disminuya el valor de la unidad económica, aunque sea bajo formas jurídicas distintas. En este sentido, debe destacarse que la constitución de una comunidad de bienes para continuar la explotación del negocio, no implica la pérdida del derecho a la deducción del 95% ( consulta de 17/10/1997 )

- Por otro lado la constitución de una comunidad mortis causa , para continuar en régimen de indivisión la explotación del negocio del causante por un plazo superior a tres años sujeto al ITPOAJD, en su modalidad de OS. Para que se produzca el devengo de este hecho imponible sujeto a OS, se tiene que constituir una comunidad mortis causa para continuar con la explotación del negocio del causante, pero en ningún momento se dice que ese negocio que se continua sea aquél que dió lugar a la reducción del art 20.2.c).

De acuerdo con el art 22.5º del TRLITPAJD, la comunidad mortis causa que se ha generado por fallecimiento, será sujeto pasivo de este impuesto siempre que continúe en régimen de indivisión la explotación del negocio del causante por un plazo superior a tres años. Sigue disponiendo el artículo que la liquidación se practicará, desde luego, sin perjuicio del derecho a la devolución que proceda si la comunidad se disuelve antes de transcurrir el referido plazo.

Así, esta operación estará sujeta a OS, tributará al 1% devengándose el día de la constitución, si dicha comunidad se disolviera antes de los 3 años desde su constitución, tendrían derecho a solicitar la devolución de lo que en su día ingresaron por la constitución, siempre que se justifique documentalmente la disolución de la misma

De acuerdo con el artículo 22.4º del TRLITPAJD, también está sujeta a OS, y tributará al 1% las comunidades de bienes, que se constituyan por actos intervivos, que realice actividades empresariales. Así, si como consecuencia de una herencia, los herederos decidieran constituir una comunidad de bienes para explotar los bienes del causante, esta comunidad de bienes estará sujeta a OS. ( En este caso, no se recoge el derecho a la devolución del impuesto si se disuelve la comunidad antes de los tres años desde su constitución)

Por tanto en estas operaciones, se comprobará la posible tributación al tipo del 1% ( Operaciones Societarias) en los supuestos en que deben equiparse a sociedades una vez transcurridos los 3 años desde el fallecimiento, tal y como establece el art 22.4 y 5 del Texto Refundido.

### **18.- Donaciones a Sociedades: Tributación por AJD.**

El ISD regulado por L 29/1987, es un impuesto que grava los incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo por personas físicas, siempre que los mismos vengán causados por alguno de los presupuestos que configuran su hecho imponible.

Establece el artículo 5 de la LISD que, están obligados al pago del impuesto a título de contribuyentes, cuando sean personas físicas, en las donaciones y demás transmisiones lucrativas inter vivos equiparables, el donatario o favorecido por ellas.

En el supuesto que nos ocupa, el sujeto pasivo ( favorecido por la donación) es una persona jurídica, por lo tanto, esta transmisión no podrá nunca tributar por donaciones, teniendo que tributar por el I Sociedades.

Por su parte el artículo 31.2 del TRITPAJD, referido a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales, determina lo siguiente.2. Las primeras copias de escrituras y actos 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 aprobada por la Comunidad Autónoma.

En la donación de un inmueble a una sociedad se cumplen todos y cada uno de los requisitos necesarios para que la adquisición del inmueble por la sociedad tribute por AJD

### **19.- Arrendamiento en precario: Donación.**

Hecho Imponible: del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en concepto de Donación.

Base Imponible: Estará constituida por el valor neto del derecho adquirido, entendiéndose como tal el valor real del derecho minorado por las cargas y deudas que sean deducibles de acuerdo con los artículos 16 y 17."

#### Consulta V0640-03

"Por lo que se refiere al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, la cesión gratuita del local comercial encaja en la figura regulada en los artículos 1.740 a 1.752 del Código Civil con el nombre de comodato. De acuerdo con los dos primeros párrafos del artículo 1.740 de dicho cuerpo legal, "por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo. El comodato es esencialmente gratuito". A su vez, el artículo 1.741 dispone que "el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato". En cuanto a la duración del comodato, el artículo 1.749 determina que "el comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para el que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución"; añadiendo el artículo 1.750 que "si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad". Esta última figura se conoce como precario. De acuerdo con lo anterior, con la existencia del comodato (constituido por el dueño del local comercial a favor de su hija) no cabe duda de que por parte de la hija (la comodataria) se ha producido la adquisición de un derecho por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito "intervivos", lo que constituye el hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones definido en la letra b) del artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (BOE del día 19): "la adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico, a título gratuito e intervivos". Por lo tanto, dicha operación estaría sujeta a dicho impuesto. En este último caso, la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, según dispone la letra b) del artículo 9 de su Ley, estará constituida por el valor neto del derecho adquirido, entendiéndose como tal el valor real del derecho minorado por las cargas y deudas que sean deducibles de acuerdo con los artículos 16 y 17."

### **20.- Resolución de contrato de Leasing (de mutuo acuerdo) en escritura pública**

## **20.1.- Ejercicio anticipado de opción de compra: tributaría por IVA:**

Se mantenía, amparados por consulta vinculante que el ejercicio anticipado suponía salir del marco del contrato de arrendamiento financiero, y en consecuencia estaría exento de IVA con la consecuencia de tributar por TPO sin perjuicio de la renuncia.

Sin embargo, dos sentencias del Tribunal Supremo del año 2010 indican que se realizan en el ejercicio de contrato de arrendamiento financiero con la consecuencia de no estar exentas de IVA.

**20.2.- Dejar sin efecto el contrato de arrendamiento financiero:** Como realmente no se produjo la transmisión, por no llegar a su término y ejercitarse la correspondiente opción de compra, la simple resolución solo tributa por A.J.D., por reunir el documento los requisitos del artículo 31.2 del T.R.

## **21.- Hipoteca unilateral a favor de la agencia tributaria**

Consulta nº V2304-10 de 26 de octubre de 2010

La hipoteca unilateral tributará de forma distinta si la persona que la constituye es un particular o un sujeto pasivo del IVA:

### **1) Constitución de hipoteca unilateral por un sujeto pasivo del IVA .**

Si constituye la hipoteca unilateral un sujeto pasivo del IVA, la constitución no quedará sujeta al concepto de transmisiones patrimoniales onerosas en función del artículo 7.5 del TRLITP y por lo tanto podrá quedar sujeta al concepto de actos jurídicos documentados.

La sujeción al gravamen la cuota gradual no se determina simplemente por el otorgamiento del documento notarial, sino que requiere la concurrencia de los cuatro requisitos fijados en el apartado 2 del artículo 31.

Debe analizarse la regulación de la hipoteca unilateral que es objeto de las cuestiones planteadas y que se regula en el artículo 142 de la Ley Hipotecaria del siguiente modo:

*“En las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la misma (párrafo primero). Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad de la persona a cuyo favor se constituyó (párrafo segundo).”*

De la mera lectura de este precepto se deduce que tanto la constitución de la hipoteca unilateral como su aceptación son actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, si bien la segunda lo es mediante nota marginal.

También se deduce del precepto que la mera constitución de la hipoteca por acto unilateral del dueño de la finca produce efectos desde su inscripción, aun antes de su aceptación por la persona a cuyo favor se constituye.

Tan es así que el dueño de la finca no puede cancelarla de forma unilateral aunque no haya sido aceptada por el beneficiario, salvo que hayan transcurrido dos meses sin que éste la acepte, periodo que comienza a contarse no desde la constitución de la hipoteca, ni desde que el beneficiario tiene conocimiento de tal constitución, sino desde que el dueño de la finca le requiera la aceptación.

De acuerdo con lo expuesto, cabe indicar que la constitución, mediante escritura pública, de una hipoteca voluntaria por acto unilateral del dueño de la finca cumple los cuatro requisitos exigidos por el artículo 31.2 del TRLITP para configurar el **hecho imponible de la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales**, ya que habrá una primera copia de la escritura pública, la cual contendrá un acto valuable, inscribible en el Registro de la Propiedad y no sujeto ni al ISD ni a las otras modalidades del ITP.

En cuanto al sujeto pasivo, el artículo 29 del TRLITP dispone que:

*“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”.*

De acuerdo con estos preceptos, no cabe duda de que en **la constitución de una hipoteca unilateral que está pendiente de aceptación** y de fijar definitivamente el adquirente del bien o derecho, **el sujeto pasivo será**, según la regla alternativa, **la persona que haya instado la expedición de los documentos, que es en este caso el mismo que constituye la hipoteca, es decir, el empresario.**

Por lo tanto el que la hipoteca unilateral se constituya a favor de una Administración pública o a favor de un particular no afecta en nada a su tributación.

Por lo que se refiere a **la aceptación de la hipoteca unilateral**, que corresponde hacer a la persona a cuyo favor se haya constituido la hipoteca, a juicio de este Centro Directivo, no puede afirmarse que concurren los cuatro requisitos exigidos para configurar el hecho imponible de la cuota gradual, pues **no parece que tenga por objeto cantidad o cosa valuable.**

En este sentido, cabe destacar que lo valuable no es la aceptación de la garantía, sino la propia garantía, esto es, la obligación que se garantiza con la hipoteca (por eso, en los préstamos con garantía, según el artículo 30.1 del TRLITP, la base imponible está constituida por el importe de la obligación o capital garantizado), y dicha garantía ya se gravó en la constitución.

En otras palabras, no cabe considerar al acto de aceptación de la hipoteca unilateral como un acto nuevo, independiente y autónomo de su constitución, sino como un acto accesorio o complementario de ésta, ya que la aceptación de la hipoteca unilateral no tiene un contenido valuable diferente del que representa la garantía que se constituyó previamente.

Entender lo contrario supondría una doble imposición de un único objeto valuable, lo cual resulta contrario a la finalidad de la Ley.

## 2). Constitución de hipoteca unilateral por un particular no sujeto pasivo de IVA.

Si el que constituye la hipoteca unilateral es un particular que no sea sujeto pasivo del IVA, la operación estará sujeta al concepto de **transmisiones patrimoniales onerosas (TPO)**.

El artículo 8.c) del TRLITP establece que será sujeto pasivo del impuesto "aquél a cuyo favor se realice este acto".

En el supuesto de hipoteca unilateral el sujeto pasivo resulta temporalmente indeterminado hasta su posterior aceptación; el gravamen no podrá exigirse hasta que se produzca la aceptación y si ésta no llega a producirse la liquidación no podrá exigirse.

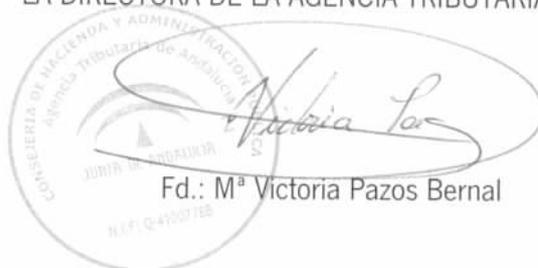
**Si la aceptación llega a tener lugar, será sujeto pasivo el acreedor hipotecario**, que al ser la Administración resultará exenta del impuesto en función del artículo 45.I.A) del TRLITP.

**Si no se llegara a aceptar la hipoteca unilateral**, la escritura, al no tributar por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas, **tributará por el concepto de actos jurídicos documentados siendo sujeto pasivo** del Impuesto **la persona que inste el documento**, es decir el consultante, no el acreedor hipotecario que nunca ha llegado a aceptar la hipoteca, sin que pueda aplicarse la exención que establece el artículo 45.I.A) al ser el sujeto pasivo del impuesto un particular y no la Administración.

Por lo tanto, siempre y cuando, el consultante ya no sea sujeto pasivo del IVA, únicamente podrá ser sujeto pasivo del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD) por el concepto de actos jurídicos documentados cuando la Administración no acepte la hipoteca unilateral, si la Administración acepta la hipoteca, ésta será sujeto pasivo por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas, pero estará exenta del mismo en virtud del artículo 45.I.A. Si el consultante fuera sujeto pasivo del IVA en el momento de constituir la hipoteca unilateral tributará, en todo caso, por el concepto de actos jurídicos documentados del ITPAJD.

Sevilla, 03 de febrero de 2011

LA DIRECTORA DE LA AGENCIA TRIBUTARIA DE ANDALUCÍA



Fd.: M<sup>a</sup> Victoria Pazos Bernal