

### III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

VOCALIA QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS

Por JESÚS ALVAREZ BELTRÁN

*COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE CONSTRUCCION DE SUS VIVIENDAS. PACTO DE RENUNCIA Y ENAJENACION DE LA PARTICIPACION DEL COPROPIETARIO QUE NO APORTE EL COSTE DE LA CONSTRUCCION. SU NATURALEZA. BASE LIQUIDABLE. SUJETO PASIVO (RESOLUCIÓN DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1974).*

Mediante escritura de 3 de junio de 1971, don J. M. P. D. vendió las participaciones que a continuación se indican de una agrupación de parcelas de terreno a ocho señores, por el precio de 179.672,50 pesetas cada participación—que representaba diez enteros doscientas sesenta y siete milésimas por ciento—, excepto la que adquiriría uno de los compradores, que representaba ocho enteros novecientas treinta y dos milésimas por ciento y cuyo precio era de 157.310 pesetas. En la cláusula 2.ª de la escritura se hacía constar que la finalidad única y exclusiva del contrato era la realización por los compradores de la construcción proyectada sobre el solar objeto de la misma, distribuyéndose los futuros pisos en la forma que asimismo se especificaba. En la cláusula 4.ª se expresaba que el coste íntegro de la construcción proyectada y todos los gastos serían satisfechos por los copropietarios del solar y, por tanto, de los pisos en que el edificio que se construya será dividido, en proporción a sus participaciones, mediante ingreso en la cuenta corriente de la Comunidad. Y en la cláusula 5.ª lo siguiente, que se transcribe literalmente: Si cualquiera de los compradores no paga el coste de la construcción en la cuantía y plazos determinados en la cláusula precedente, mediante ingreso en la cuenta corriente abierta al efecto en la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de C., se entenderá que renuncia al piso que va a construirse y, por tanto, también a la participación indivisa que le corresponde en el solar sobre el que se construye, y se procederá a su enajenación conforme a las siguientes reglas:

a) La falta de pago se acreditará mediante acta notarial de requerimiento a instancia del Presidente de la Junta de Propietarios, que se practicará precisamente en el domicilio designado por cada uno de los compra-

dores en la comparecencia. Se entenderá producido el impago si dentro del término legal para contestar al requerimiento y en la propia acta notarial no se exhibe al Notario autorizante de la misma el documento que justifique el ingreso de la cantidad reclamada en la c/c. de la Comunidad abierta al efecto en dicha Caja.

b) Todos los demás propietarios de pisos en el mismo edificio tendrán derecho de preferente adquisición del piso correspondiente al renunciante y participación inseparable del mismo en el solar sobre el que se construye el edificio, que podrán adquirir, como mínimo, por el importe de lo que hasta ese momento debía haber satisfecho por todos conceptos por la adquisición del apartamento el renunciante. Tal derecho podrá ser ejercitado por los demás propietarios dentro de los quince días naturales siguientes a aquel en que el Presidente de la Junta deposite en Correos la carta certificada en que se les comunicará el hecho del impago y el importe mínimo por el que pueden adquirir el piso renunciante. Dicha carta será remitida por el Presidente dentro de los cinco días naturales siguientes al requerimiento a que se refiere el apartado anterior.

c) Los demás propietarios ejercerán su derecho de preferente adquisición mediante pliego cerrado, en el que indicarán el importe por el que están dispuestos a adquirir el piso renunciante y que deberá quedar en poder del Presidente en el plazo fijado en el apartado b). El siguiente día hábil al transcurso del plazo, el Presidente procederá a la apertura de los pliegos cerrados ante Notario y adjudicará el apartamento que trate de enajenarse al que hubiere hecho la proposición más ventajosa. Caso de empate será preferido el propietario colindante al piso que trate de enajenarse, y si ninguno reuniera tal circunstancia, se determinará el adjudicatario por sorteo, a continuación de la apertura de los pliegos, también ante Notario.

d) Si transcurrido el plazo fijado en el apartado b) ninguno de los propietarios ejercitase su derecho de preferente adquisición, se procederá a la venta en pública subasta del piso del renunciante y también de la participación indivisa que le corresponda en el solar. La subasta se anunciará en el *Diario de C.* con diez días naturales de anticipación a aquel en que haya de tener lugar y se celebrará sin sujeción a tipo y ante Notario.

e) El adquirente del piso que trate de enajenarse en los casos b) y d), que anteceden, contraerá la obligación de satisfacer las cantidades impagadas por el renunciante y las que aún falten por pagar hasta concluir la construcción. Así se hará constar expresamente en el anuncio de la subasta, y por el solo hecho de intervenir en ella se entenderá aceptada tal condición.

f) Cualquiera que sea, el adquirente deberá pagar el precio del remate dentro de los dos días hábiles siguientes a aquel en que sea requerido al efecto por el Presidente de la Junta, que otorgará a su favor la correspondiente escritura pública de venta, a cuyo efecto le apoderan expresamente todos los comparecientes. Los cónyuges de los compradores consienten expresamente el contenido de esta cláusula y el apoderamiento irrevocable que se contiene en este apartado.

g) El precio obtenido en la enajenación se destinará, en primer término, a pagar los gastos a que diere lugar (actas notariales y anuncios, a que se refieren los apartados precedentes), arbitrio sobre incremento del valor de los terrenos que se devenguen y gastos que en la escritura de venta correspondan al renunciante, conforme al artículo 1.455 del Código civil. El remanente, si lo hubiera, corresponderá al renunciante.

h) El contenido de esta cláusula se considera como gravamen del piso adquirido y de la participación indivisa comprada en la cláusula 1.ª de esta escritura, y como tal se solicita su inscripción en el Registro de la Propiedad. Tal gravamen se entenderá cancelado por la declaración expresa

del Presidente al otorgar la escritura de declaración de obra nueva con la construcción ya concluida.

Presentada dicha escritura en la Oficina Liquidadora competente, se procedió por ésta, previa comprobación de valores, a girar la liquidación de Impuesto de Transmisiones, a nombre de la Comunidad de Propietarios; concepto: derechos reales; título: constitución; tipo: 7,40 por 100; número 3 de la Tarifa; base imponible: 7.617.895 pesetas, con un total a ingresar de 580.641 pesetas, contra la cual se formuló por el señor A., como Presidente y en representación de la Comunidad, reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de C., alegando en síntesis:

Que no se ha constituido un derecho para garantizar el pago de una cantidad de dinero, ya que al que incumple no se le reclama el pago, aunque sufra las consecuencias del incumplimiento; que no se ha constituido un derecho real autónomo ni aparece un titular específico del mismo, sino que se ha limitado el derecho de propiedad de cada uno de los comuneros; que la palabra «gravamen», utilizada en la escritura, significa que se establece una limitación del derecho del comunero, pretendiéndose que su obligación de aportar el coste de la construcción perjudique a terceros adquirentes de su cuota y sin que se trate de un auténtico derecho real; que fiscalmente no cabe extender el acto sujeto por una aplicación analógica de criterios doctrinales inseguros y discutidos, citando en apoyo de ello el artículo 24 de la Ley General Tributaria; que el requisito de la inmediatez, clásico en el derecho real, no se da en los de garantía, y éste ha sido uno de los argumentos para negar a la hipoteca su carácter de derecho real; que la doctrina ha abandonado, casi unánimemente, la clasificación de los derechos patrimoniales en reales y personales; que no se pueden crear en perjuicio del contribuyente figuras fiscales sujetas a imposición no previstas en la ley; que la única interpretación posible del párrafo 2 del artículo 54 del Texto Refundido es considerar que contiene una expresión abreviada de todos los derechos reales que con nombres típicos contempla en su articulado; que no existe inmediatez en el caso de que se trata; que la eficacia del pacto frente a tercero no supone necesariamente que ese pacto sea un derecho real autónomo, y que con él se establece simplemente el derecho del comunero, para que el posible tercero lo adquiera como es; que aun en el supuesto de que al pacto en cuestión se le diera el valor de derecho real autónomo, es incorrecta la determinación de la base liquidable; que el capital, precio o valor a que se refiere a este respecto el párrafo 9 del artículo 70 del Texto Refundido es el del derecho real, pero en manera alguna al importe de la obligación garantizada, y que no obstante recaer el pretendido derecho esencialmente sobre el solar y accesoriamamente sobre lo que se construya, la liquidación prescinde del valor de aquél y estima arbitrariamente el derecho en el valor de la construcción proyectada.

El Tribunal Provincial acordó desestimar la reclamación fundándose en que: si bien la obligación de aportar las cantidades para la construcción constituye una obligación *ob rem*, es decir, indeterminada subjetivamente, no se debe confundir con el derecho que se constituye en garantía de la obligación; que los pactos a que alude el artículo 7 del Reglamento Hipotecario tan sólo modifican algunas de las facultades del dominio, mientras que la figura creada por la cláusula 5.ª del contrato de que se trata va mucho más allá y establece la desaparición del dominio contra la voluntad de su titular; no es una mera presunción de renuncia, sino el medio de garantizar una obligación, que al recaer sobre una cosa y permitir la enajenación de la misma constituye un verdadero derecho real innominado de garantía; que no se ha hecho uso de la analogía, sino que se grava directamente un verdadero derecho; que la fijación de la base es correcta, puesto que se tra-

ta de un derecho real de garantía, y que el sujeto pasivo se ha determinado a la vista de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley General Tributaria.

Contra la resolución del Tribunal Provincial se interpuso recurso de alzada ante el Tribunal Central, el cual acordó desestimarlos y confirmar íntegramente el fallo recurrido, mediante las siguientes consideraciones:

«Considerando que la cuestión principal que se plantea en este expediente consiste en determinar si la cláusula 5.ª del contrato de que se trata crea efectivamente un derecho real innominado por cuya constitución se debe liquidar el Impuesto de Transmisiones, conforme dispone el artículo 542.º del Texto Refundido de 6 de abril de 1967...»

«Considerando que... aunque el Derecho romano y algunas legislaciones modernas adoptaron y adoptan la doctrina del *numerus clausus*, que enumera legalmente los derechos reales que pueden constituirse, limitando las posibilidades creadoras del principio de autonomía de la voluntad, nuestro Derecho positivo sigue el sistema del *numerus apertus*, como lo prueba el artículo 2.º-2.º de la Ley Hipotecaria, según el cual..., corroborado por el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, al decir que..., declaración básica que gramatical y lógicamente no admite más que una interpretación, es decir, que puede haber otros derechos reales que no sean los mencionados nominativamente...»

«Considerando que esto establecido, no puede ofrecer duda que el artículo 542.º del Texto Refundido, al sujetar al impuesto 'la constitución, reconocimiento, modificación, prórroga, transmisión y extinción, por contrato, acto judicial o administrativo, de toda clase de derechos reales', se refiere no sólo a los que con nombres típicos se contemplan en el artículo —como se dice en el escrito de alegaciones—, sino a cualesquiera derechos que ostenten tal naturaleza, puesto que: a) donde la ley no distingue, no se debe distinguir; b) gramaticalmente, la frase es clara y no admite más que una sola interpretación; c) no tendría sentido que aludiendo la legislación sustantiva a la posible existencia de otros derechos reales, la legislación fiscal estableciera la limitación...»

«Considerando que admitido que es posible, aunque difícil, en nuestro Derecho, que la voluntad individual cree derechos reales innominados y que la Ley Fiscal, sujeta al Impuesto de Transmisiones, la constitución de 'toda clase de derechos reales', ha de pasarse a examinar si, efectivamente, en el contrato de que se trata, se constituye por las partes un derecho de esa naturaleza, presupuesto indispensable para que la imposición pueda producirse...»

«Considerando que la finalidad que se persigue con lo pactado en la cláusula 5.ª parece clara...: se trata de asegurar el pago por cada copropietario, y a favor de los demás, del coste de la construcción, en la cuantía y plazos determinados en la cláusula precedente, y como, sin duda, se ha estimado insuficiente la garantía genérica que supone el artículo 1.911 del Código civil, se busca esa seguridad en el único medio que el Derecho conoce desde hace siglos, es decir, en la constitución de una garantía real sobre el propio inmueble de que se trata, garantía que en la propia cláusula, apartado h), se califica genéricamente 'como gravamen del piso adquirido y de la participación indivisa comprada en la cláusula 1.ª de esta escritura, y como tal se solicita su inscripción en el Registro de la Propiedad...»

«Considerando que..., y partiendo de estas premisas, el examen de la cláusula en su conjunto pone de manifiesto que en ella se prevé, para el supuesto de que cualquiera de los compradores del solar no pague oportunamente el coste de la construcción, un procedimiento para la enajenación de la participación indivisa del solar de que se trata..., disponiéndose, cuando ninguno de los copropietarios ejercitase su derecho preferente a la adquisición, que se procederá a la venta en pública subasta del piso y de

la participación indivisa..., concretándose que el adquirente contraerá expresamente la obligación de satisfacer las cantidades impagadas y las que aún falten por pagar hasta concluir la construcción, haciéndose constar expresamente en el anuncio de la subasta, de suerte que por el solo hecho de intervenir en ella se entenderá aceptada tal condición, fijándose el plazo para el pago del remate y otorgando la escritura a favor del adquirente por el Presidente de la Junta, destinándose el precio obtenido en... y señalándose que el remanente, si lo hubiere, corresponderá al renunciante; todo lo cual revela que se crea un derecho a la realización de un valor en forma *sui generis*, aunque parecida en algunos extremos a la hipoteca y, por supuesto, como no se discute, con plena eficacia frente a terceros, con lo cual todos y cada uno de los copropietarios verán garantizado el pago del coste de la construcción.»

«Considerando que no obstan, en una lógica interpretación, los reparos que puedan formularse a esta concepción, basándose en las singularidades del pacto y del derecho que se crea, y de los que se hace eco la parte recurrente; en efecto: a) que si bien es cierto, como se reconoce en el fallo de Primera Instancia, que la obligación de costear la construcción del piso es *ob rem*, es decir, que su titular pasivo será el comunero que en cada momento ostente la titularidad de la parte indivisa del solar y del piso correspondiente, ello es compatible con la existencia de un derecho real de garantía, como asimismo afirma el fallo del Tribunal Provincial; b) la presunción de renuncia al piso que ha de construirse, a que se refiere la cláusula 5.ª, es ciertamente un procedimiento para liberarse el copropietario de su obligación..., bien que sus consecuencias, en términos generales, pueden suscitar otros problemas; en todo caso, esa renuncia o abandono de la propiedad... no afectará a los derechos constituidos sobre el bien de que se trate, antes bien, en el caso planteado, su finalidad es precisamente facilitar el ejercicio del que se estudia, y a este respecto, aun reputando al renunciante desligado de la obligación, ésta subsistirá de acuerdo con su naturaleza, conforme lo acredita el apartado e) de la cláusula, según el cual, 'el adquirente del piso que trate de enajenarse... contraerá expresamente la obligación de satisfacer las cantidades impagadas por el renunciante...', de suerte que no puede decirse que la obligación esté extinguida por la renuncia cuando el derecho real se ejercita, sino todo lo contrario...; en realidad, el obligado en cada momento es quien sea copropietario, y precisamente en garantía de esa obligación se constituye el derecho real por el que se exige el impuesto; c) la inmediatez, nota característica del derecho real, según la concepción tradicional, que ha sido negada en cierto sector de la doctrina moderna en el Derecho de hipoteca y, en general, en los de garantía..., se da también, aunque con matices determinados, en tales derechos, en los que sus titulares pueden ejercitarlos sin necesidad de la cooperación del deudor, y aun contra su voluntad, como, sin duda, acaecería en su momento en el caso de que se trata...; d) aunque el precio de la enajenación en la prevista subasta se destine a los gastos e impuestos de la operación, y el pago de lo adeudado lo efectúe el adquirente, es evidente que la consecuencia a que se llega es la misma, puesto que el precio viene a ser lo pagado efectivamente más la cantidad que el comprador se obligue a satisfacer, de suerte que el inmueble queda afecto directamente al cumplimiento de la obligación, que garantiza...; e) aun en el supuesto de que se entendiera, como se lee en el escrito de alegaciones, que al incumplidor no se le reclama el pago—aspecto obligacional—, está claro que se prevé la enajenación de la finca, como consecuencia del incumplimiento y para percibir el crédito (aspecto real), y que son los copropietarios los titulares de ese derecho, y f) no parece que pueda admitirse que se trata de un mero gravamen o limitación del derecho de los comuneros, que va a ingresar en el Registro de la Propie-

dad, al amparo de lo previsto en el final del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, cuando la limitación implica nada menos que una enajenación y un cambio en la titularidad del dominio, todo ello con una inequívoca finalidad de garantía, para asegurar a los copropietarios el cumplimiento de una obligación.»

«Considerando, respecto a la determinación de la base liquidable, que el artículo 70-9.º del Texto Refundido dispone que servirá de base en la constitución de derechos reales el capital, precio o valor que las partes consignen, si fuese igual o mayor que el que resulte de la capitalización al 4 por 100 de la renta o pensión anual, o éste si aquél fuere menor; ahora bien, no constando en la escritura presentada el referido capital, precio o valor, ni habiéndose acompañado la declaración firmada que prevé el artículo 62 del Reglamento de 15 de enero de 1959, la Administración ha tenido que fijarlo por los medios que tenía a su alcance, y es razonable que para ello haya tenido en cuenta el valor total de la obligación, que garantiza el derecho que ha calificado y por el que se liquida el impuesto.»

«Considerando, por último, respecto al sujeto pasivo, que aun constituyéndose el derecho a favor de los copropietarios, y aunque no sea directamente aplicable lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley General Tributaria, carece en realidad de trascendencia la cuestión suscitada, pues tanto por el cauce de la comunidad normal, regulada por el Código civil, como por el de la propiedad horizontal, objeto de la Ley de 21 de julio de 1960, las consecuencias prácticas en orden al pago de la liquidación girada a nombre de la Comunidad serán las mismas.»

COMENTARIO.—La autopromoción de edificios en régimen de comunidad viene siendo una fórmula cada día más extendida en la práctica por las grandes ventajas que la misma representa para los que se acogen a ella. Los futuros propietarios de los departamentos del edificio, unidos generalmente por vínculos de amistad o simple conocimiento recíproco, adquieren un solar con la finalidad de llevar a cabo la construcción del edificio y obtener así cada uno de ellos su vivienda. Pero las indudables ventajas que tal fórmula reporta—exclusión de intermediarios y reducción de costos—tienen la contrapartida de los problemas jurídicos y fiscales que en la práctica se plantean, a causa de que la autopromoción de edificios en régimen de comunidad es fórmula huérfana, hoy por hoy, de una reglamentación jurídica que dé solución adecuada a su variada problemática. La enajenación, el embargo o la hipoteca, durante la construcción, de la participación de cada comunero o la no aportación por alguno de ellos de las cantidades precisas para llevar a término la construcción dan lugar a problemas que no encuentran fácil solución, como ha puesto de relieve MANUEL DE LA CÁMARA en su magnífico estudio sobre *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, siendo necesario, a base de ingenio jurídico, el establecimiento en cada caso de una reglamentación que discipline las relaciones entre los condueños mientras el edificio se construye, dando a dicha reglamentación unos tintes reales que, por su inscripción en el Registro de la Propiedad, afecten también a terceros.

En la resolución que tenemos a la vista nos encontramos ante un caso de autopromoción de edificio en régimen de comunidad, aunque este último concepto no sea aceptado por todos, al tratarse, como veremos, de un supuesto de «construcción en régimen de propiedad horizontal» o de propiedad horizontal *ab initio*, que, en opinión de algunos autores, no es encajable dentro del marco de la comunidad.

En el caso objeto de la resolución, los futuros propietarios de los departamentos del edificio han adquirido un solar por cuotas—compraventa—, manifestando que la finalidad única y exclusiva de la adquisición era la realización por los compradores de la construcción proyectada sobre el solar objeto de la misma, distribuyéndose *ab initio* los futuros pisos en

la forma que asimismo se especificaba en la propia escritura de adquisición, en la cual, además, por mutuo acuerdo de todos los interesados, se estableció una reglamentación destinada a garantizar la efectiva aportación de los comuneros a la construcción proyectada, previendo la posible eventualidad de que alguno de ellos no pagara el coste de la construcción en la cuantía y plazos que en la misma escritura se determinaban.

Para el supuesto de que cualquiera de los autopromotores no aportara las cantidades precisas a la finalidad común de construir, se pactó, a través de una bien meditada cláusula, la renuncia del comunero incumplidor a su cuota en el solar y a su piso, que serían ofrecidos, con preferencia para su adquisición, a los demás autopromotores, y en caso de que ninguno de éstos quisiera adquirir la parte del renunciante, esa parte sería enajenada en subasta pública, contrayendo el adquirente, cualquiera que fuera éste, la obligación de satisfacer las cantidades impagadas por el renunciante y las que faltaran por pagar hasta concluir la edificación. Pero además, y al objeto de que el pacto afectara a terceros, se convino que el contenido de la cláusula fuera considerado como gravamen del piso adquirido y de la participación indivisa comprada, y como tal gravamen se solicitaba su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Si el Impuesto de Transmisiones es exigible con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, no cabe duda que el primero y principal problema que se le planteó al Liquidador al enfrentarse con la escritura fue el de calificar su contenido. Que había una compraventa estaba más que claro. Pero además existía en la escritura una cláusula, la quinta, que demandaba un análisis jurídico para determinar si en la misma se establecía un verdadero derecho real o un simple gravamen. La cuestión, planteada en estos términos, era del mayor interés, pues si lo establecido era un derecho real, la consecuencia lógica sería la necesidad de practicar una liquidación—además de la de compraventa—con base en el número 2 del artículo 54 de la Ley del Impuesto, que sujeta a tributo la constitución de toda clase de derechos reales; en cambio, si lo establecido era un simple gravamen real parece que no debía existir más acto liquidable que la compraventa.

Para los promotores del recurso que motivó esta resolución, la garantía pactada en la cláusula quinta de la escritura no era un derecho real autónomo que viniera a asegurar el pago de cantidad alguna, sino que se trataba simplemente de limitar o delimitar el derecho de propiedad de cada uno de ellos—obligados *ob rem* a aportar el coste de la construcción—, y que ese derecho así delimitado pasara, en su caso—en el de incumplimiento de la obligación—, a los posibles terceros adquirentes con la misma delimitación. Para los recurrentes, en definitiva, lo establecido era un mero gravamen o limitación del derecho de los comuneros, perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad, al amparo de lo previsto en el final del artículo 7 del Reglamento Hipotecario.

Para la Administración, en cambio, lo que resultaba del pacto contenido en la cláusula quinta de la escritura calificada era la creación, al amparo de la doctrina del *numerus apertus*, de un derecho a la realización de un valor en forma *sui generis*, aunque parecida en algunos extremos a la hipoteca, y, por supuesto, con plena eficacia frente a terceros, por virtud del cual derecho todos y cada uno de los copropietarios ven garantizado el pago del coste de la construcción. Para la Administración, en definitiva, lo pactado era un derecho real innominado de garantía, que a través de su ejercicio implicaba nada menos que una enajenación y un cambio en la titularidad del dominio, con una inequívoca finalidad de garantía, para asegurar a los copropietarios el cumplimiento de una obligación.

Como dice ROCA SASTRE, el concepto de carga o gravamen real o con trascendencia real tiene un ámbito no siempre coincidente con el propio del derecho real. No hay que olvidar que todo derecho real implica una carga o gravamen, mas no toda carga o gravamen envuelve un derecho real, aunque como tal carga o gravamen pueda tener acceso al Registro de la Propiedad. A ambos conceptos, y para darles cabida en el Registro, parece referirse el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, en el cual se mezclan, como dice ROCA SASTRE, dos cosas tan distintas como son el acto inscribible y el derecho real inmobiliario. No sólo tienen acceso al Registro los títulos constitutivos de los derechos reales nominativamente señalados en los números 1 y 2 del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, sino también «cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza»—siendo esta frase una de las que sirven de apoyo en nuestro ordenamiento jurídico a la teoría del *numerus apertus*—, «así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique... algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles...». Por ello, frente a los derechos reales propios y nominativamente reconocidos y reglados por el ordenamiento jurídico, pueden existir derechos reales creados por la voluntad privada—siempre que reúnan los caracteres típicos de los derechos reales—, y también pueden existir ciertos pactos que en puridad no merecen la consideración de derechos reales, pero cuyos pactos pueden llegar a tener trascendencia en perjuicio de terceros como carga o gravamen real, sin que lleguen a atribuir al favorecido por los mismos ningún derecho subjetivo de carácter verdaderamente real.

De las consideraciones anteriores se deduce, a nuestro juicio, que la calificación hecha por la Administración del contenido de la repetida cláusula quinta de la escritura era correcta. Pero una vez resuelto el problema de la naturaleza jurídica del acto liquidable, los pasos siguientes tenían que encaminarse a la determinación de la base liquidable, tipo de gravamen y sujeto pasivo de la obligación fiscal. También con relación a estos aspectos surgió controversia entre el punto de vista de la Administración y el de los recurrentes, especialmente en cuanto a la base y al sujeto pasivo, ya que el problema del tipo de tributación no fue suscitado en el recurso.

El considerando que la resolución dedica a mantener el criterio de la Oficina Liquidadora y del Tribunal Provincial, en cuanto a la base liquidable tomada, nos parece indiscutible. Calificado el hecho imponible como derecho real de garantía, parece claro que la base de la liquidación debía ser el importe de la obligación que se asegura con aquél, importe que no podía ser otro que el valor comprobado de la edificación proyectada. Pero los derechos reales de garantía—hipoteca, prenda y anticresis—disfrutan de un tipo reducido respecto de los demás derechos reales, pues los primeros tributan al 1,90 por 100, según el número 5 de la Tarifa, mientras que los demás tributan al 7,40 por 100, según el número 3, cuando unos y otros se constituyen sobre bienes inmuebles. Hubiera sido del mayor interés que el recurso se hubiese dirigido también a impugnar el tipo de gravamen aplicado, sobre todo una vez que los recurrentes, para impugnar la base, aceptaban la calificación del hecho imponible. Para nosotros, el principio de calificación, que proclama el artículo 7-1 de la Ley del Impuesto, es indivisible y, por tanto, defendible que la naturaleza jurídica del acto o hecho liquidable debe regular el tanto por ciento del impuesto o tipo de tributación, lo que aplicado al caso objeto del recurso determinaba la aplicación del número 5 de la Tarifa en lugar del número 3. Por eso hubiera sido interesante el planteamiento de esta cuestión y la resolución del Tribunal Central.

La última cuestión suscitada en el recurso, a la que se destina el últi-



mo considerando de la resolución, es la referente al sujeto pasivo del gravamen. La liquidación fue girada a cargo de la Comunidad de Propietarios, fundamentándose tal proceder, según resulta del fallo del Tribunal Provincial, en el artículo 33 de la Ley General Tributaria, a lo que responde el Tribunal Central en dicho último considerando que no es directamente aplicable el mencionado precepto, pues habiéndose constituido el derecho a favor de los copropietarios, parece que debían ser éstos y no la Comunidad el sujeto pasivo. No obstante, y teniendo en cuenta que las consecuencias prácticas en orden al pago de la liquidación eran las mismas, ya se girara ésta a nombre de la Comunidad o al de los copropietarios, concluye el Central declarando que la cuestión suscitada carece en realidad de trascendencia.

Sin embargo, interesa destacar que tanto la Oficina Liquidadora como los Tribunales Provincial y Central, no han apreciado en el caso de esta Comunidad de autopromotores—y, a nuestro entender, acertadamente—la existencia de una Comunidad societaria de las que sujeta a tributar, por el concepto de Sociedades, el artículo 57-1, 2.º, de la Ley del Impuesto de Transmisiones. Según el artículo 33 de la citada Ley General Tributaria, las comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, tendrán la consideración de sujetos pasivos en las leyes tributarias en que así se establezca. Quiere ello decir que, en ocasiones, el ordenamiento jurídico-fiscal atribuye o asigna la cualidad de sujeto pasivo tributario a entes, colectividades o comunidades desprovistas de personalidad jurídica en el plano del Derecho sustantivo, con base en que dichas comunidades se producen o actúan de hecho en el tráfico como verdaderos sujetos de Derecho. Por eso, el artículo 57-1, 2.º, de la Ley del Impuesto de Transmisiones considera como sociedades a las comunidades de bienes constituidas por actos *inter vivos* para la explotación de negocios mercantiles e industriales, cuyos rendimientos estén sujetos a los Impuestos Industrial o de Sociedades. Es claro, por tanto, que los mencionados preceptos fiscales no se refieren a todo tipo de comunidades de bienes, sino tan sólo a aquellas que pudieran denominarse societarias y negociales, que sin adoptar la forma, requisitos y organización de una verdadera sociedad, no obstante, realizan una actividad y obtienen unos rendimientos sujetos a los Impuestos Industrial o de Sociedades.

Nosotros creemos que las llamadas comunidades de autopromotores de edificio no son comunidades negociales, a diferencia de la comunidad de propietarios, que adquiere solares, los edifica y enajena posteriormente, pues esta otra comunidad es, de hecho, una sociedad, y como tal ha sido considerada fiscalmente por la resolución del Tribunal Central de 11 de diciembre de 1969 y sentencia de 14 de mayo de 1970 del Tribunal Supremo, Sala III. En cambio, las llamadas comunidades de autopromotores no son comunidades negociales, pues el resultado de su actividad, o sea, los pisos o viviendas, va dirigido al autoconsumo y no constituye —como dice ARNÁU ZOROA en *La Licencia Fiscal del Impuesto Industrial y las Empresas Inmobiliarias*, «Crónica Tributaria», núm. 8, págs. 29 y siguientes—hecho imponible en la Licencia Fiscal por los siguientes motivos: a) Porque la actividad que constituye hecho imponible es la «promoción-venta», y en el caso de las comunidades autopromotoras—que creemos es el de la Comunidad constituida en la escritura que motivó el recurso—no se da el último elemento de hecho, pues la edificación va destinada a los propios comuneros. b) Porque el artículo 5 de la Ley del Impuesto Industrial dice que se asimilará a la construcción para la venta la realizada por una «Sociedad» que distribuya las partes o pisos entre los partícipes. De donde, *a sensu contrario*, se deduce que la promoción

en comunidad y la división y adjudicación de los pisos a los comuneros en los casos de autopromoción no constituye hecho imponible en el Impuesto Industrial, requisito necesario para que la comunidad sea sociedad a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

**CONSTRUCCION DE EDIFICIOS POR UNA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CON DESTINO A LA VENTA. CONSTITUCION DE SOCIEDAD Y DISOLUCION DE COMUNIDAD (RESOLUCIÓN DE 24 DE OCTUBRE DE 1974).**

En la correspondiente escritura pública, «Ingeniosa Española, S. A.», don Jaime Soriano Micó y don Antonio Gómez Aleixandre declararon ser dueños, en la proporción del 40 por 100 la primera, y del 30 por 100 cada uno de los otros dos, de una parcela de terreno; que en dicho terreno, en régimen de comunidad especial, abonando proporcionalmente los gastos de los elementos comunes y separadamente los de los elementos independientes, estaban construyendo un complejo residencial, denominado «Panorama Playa»; que seguidamente declararon la obra nueva, compuesta por dos bloques principales y uno accesorio, que detalladamente se describían, y a los que se asignó un valor de 13.500.000 pesetas; que a continuación constituyeron el inmueble en régimen de propiedad horizontal, determinando los departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente, así como los elementos comunes, adjudicando cada uno de aquéllos a los tres copropietarios en proporción a sus respectivos haberes.

Presentada dicha escritura en la Oficina Liquidadora competente, la comprobación de valores arrojó un resultado total de 30.853.120 pesetas, y se practicaron dos liquidaciones: una, por Actos Jurídicos Documentados, correspondiente a la obra nueva y división horizontal, y otra, por el concepto Sociedades, título Constitución, número 8 de la Tarifa, al 1,70 por 100.

Contra la segunda de dichas liquidaciones se interpuso recurso económico administrativo por «Ingeniosa Española, S. A.», alegando que no era posible liquidar una constitución de sociedad porque no existía acto constitutivo alguno de la misma, habiéndose limitado los otorgantes a construir un edificio en régimen de comunidad especial, como se decía en la escritura liquidada. El Tribunal Provincial, antes de dictar resolución, hizo saber a la entidad reclamante que consideraba oportuno examinar, además de los problemas por ella planteados, el de la existencia de una disolución de comunidad, que habría de motivar también la correspondiente liquidación por ese concepto, no siendo presentada oposición expresa alguna por «Ingeniosa Española, S. A.», limitándose a manifestar que no le interesaba formular ninguna clase de alegaciones.

El Tribunal Provincial dictó resolución desestimando el recurso, razonando que, a efectos fiscales, la constitución de una comunidad para construir un edificio, integrado por diversos departamentos, con destino a la venta de los mismos, constituía un negocio asociativo sometido a tributación en el Impuesto Industrial y que debía determinar, en virtud del artículo 57-1-2 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones, la existencia de una comunidad equiparada fiscalmente a la sociedad, siendo correcta, por tanto, la liquidación objeto de la reclamación. Que, por otra parte, y según el artículo 57-2 de dicho Texto, la división material de bienes poseídos proindiviso debía motivar una liquidación por disolución de sociedad, que no había sido practicada por la Oficina gestora.

Notificada la resolución, se interpuso contra la misma recurso de alzada, en el que se reprodujeron sustancialmente las alegaciones de la Primera Instancia, añadiendo que respecto a la nueva liquidación que se

había ordenado practicar, no existía tampoco hecho imponible porque los copropietarios fueron dueños de cada una de las partes del inmueble desde el primer momento y que, por tanto, no habían existido verdaderas adjudicaciones ni división material de cosa común.

El Tribunal Central acordó desestimar en todas sus partes el recurso de alzada interpuesto, confirmando íntegramente la resolución del Tribunal Provincial por hallarse ajustada a Derecho:

«Considerando que el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su artículo 57-1-2, dispone que, a efectos de dicho tributo, tendrá la consideración de sociedad la comunidad de bienes constituida por actos *inter vivos* para la explotación de negocios mercantiles e industriales, cuyos rendimientos están sujetos a los Impuestos Industrial o de Sociedades, y que el Texto Refundido del Impuesto Industrial, en su artículo 5.º, considera comprendida entre las actividades gravadas por dicho Impuesto, la de construcción de viviendas y locales para proceder ulteriormente a su venta en su totalidad por partes o por pisos, asimilando a la construcción para la venta, la realizada por una sociedad que distribuye las partes o pisos entre los partícipes.»

«Considerando que la sociedad recurrente se limita a negar la existencia de la comunidad de bienes, alegando que en ningún momento existió dicha figura jurídica porque los copropietarios procedieron a la construcción y al pago del importe de la misma con entera separación e independencia; pero esta alegación no puede ser admitida por ser contraria a lo que resulta, tanto de la escritura liquidada como de la naturaleza de los hechos que en la misma se reflejan.»

«Considerando que, por lo que se refiere al segundo de los problemas planteados en el presente recurso de alzada, el citado artículo 57 del Texto Refundido dispone, en su apartado 2, que se considerará como sociedad, a los efectos del tributo, la división material de bienes poseídos proindiviso, cuando tales bienes hayan sido adquiridos a título oneroso, añadiéndose, a partir de la Ley de 30 de junio de 1969, que se considerará como división material de bienes proindiviso la adjudicación, realizada entre los comuneros, de los pisos o locales de un edificio o parte de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente, con sus elementos comunes anejos.»

COMENTARIO.—Tenemos a la vista una nueva resolución, en la que entra en juego el importantísimo artículo 57 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, en su aplicación a un supuesto de construcción en régimen de comunidad con las consiguientes adjudicaciones de departamentos independientes a los comuneros. Pero esta resolución ofrece, frente a otras anteriores, la particularidad de que lo cuestionado en la misma no era únicamente la aplicación del apartado 2.º de dicho precepto, sino también la aplicación del número 2.º del apartado 1.º del mismo.

Los hechos son fácilmente resumibles: una sociedad y dos personas físicas eran dueñas, por compra en régimen de comunidad proindiviso, de un solar, sobre el cual, y en la proporción en que eran dueños, construyeron un complejo urbano—parece que destinado a la venta—, y previa constitución del mismo en régimen de propiedad horizontal, procedieron a adjudicarse los elementos independientes del complejo, manifestando que habían abonado proporcionalmente los gastos de los elementos comunes y separadamente los de los elementos independientes.

La Oficina gestora giró liquidaciones por dos conceptos solamente: por Actos Jurídicos Documentados, en cuanto a la declaración de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal, y por Transmisiones, título: constitución de sociedad, apreciando entre los constructores la existencia de una sociedad, con base en lo que dispone el

artículo 57-1-2.º de la Ley del Impuesto de Transmisiones. Esta segunda liquidación fue objeto de reclamación económico-administrativa, con un resultado para reclamante no sólo negativo, sino agravante, pues aquella reclamación, además de ser desestimada, motivó una resolución por parte del Tribunal Provincial, que apreciaba un nuevo acto liquidable, dando lugar a una *reformatio in peius* del acto impugnado.

Procesalmente, la cuestión se desenvolvió en términos de plena legalidad. Es sabido que, de conformidad con los artículos 169 de la Ley General Tributaria y 46 del Reglamento de Procedimiento de Reclamaciones, el órgano competente para resolver las reclamaciones económico-administrativas tiene atribución para revisar todas las cuestiones que ofrezca el expediente de gestión, hayan sido o no planteadas por los interesados, modificando el acto y ordenando a los órganos de gestión que dicten otro u otros actos administrativos con arreglo a las bases que se establezcan en la resolución de la reclamación. Sin embargo, si el órgano de resolución estimara pertinente examinar y resolver, según lo dicho anteriormente, cuestiones no planteadas—como ocurría en el caso—, debe exponerlas a los que estuvieran personados en el procedimiento y les concederá un plazo de diez días para que formulen alegaciones.

En un plano ya de puro Derecho fiscal, es preciso ver el tratamiento que dicho Derecho da a las situaciones de comunidad, en las que se persigue una finalidad lucrativa para los miembros componentes de aquellas. A este respecto creemos que el punto de partida pudiera ser el artículo 33 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, conforme al cual «tendrán la consideración de sujetos pasivos, en las leyes tributarias en que así se establezca..., las comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o un patrimonio separado, susceptibles de imposición». Esto significa que, en ocasiones, el ordenamiento jurídico-fiscal atribuye o asigna la cualidad de sujeto pasivo tributario a entes, colectividades o comunidades desprovistas de personalidad jurídica en el plano del Derecho sustantivo, con base en que dichas comunidades se producen o actúan de hecho en el tráfico como verdaderos sujetos de Derecho. Pues bien, las disposiciones que regulan el Impuesto de Transmisiones, así como las que regularon su antecedente o Impuesto de Derechos Reales, han venido estableciendo una equiparación fiscal entre las comunidades negociales con fines lucrativos desprovistas de personalidad jurídica y las sociedades, identificando los conceptos de comunidad y sociedad para sujetarlos a tributo según un mismo criterio.

El número 28 del artículo 19 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 1947, en su punto primero, que pasó a ser el número 29 del mismo artículo en el Reglamento de 1959, estableció que se considerará como constitución de sociedad y se liquidará por este concepto la constitución de comunidad de bienes para la explotación de negocios mercantiles o industriales cuyos rendimientos deban ser gravados en la contribución industrial o de utilidades, es decir, por los que luego fueron Impuestos Industrial o sobre Sociedades. En esta primera fase legislativa, la asimilación de la comunidad a la sociedad estaba referida únicamente al acto constitutivo, aunque la doctrina lo extendía a la extinción, y por ello la trascendencia de dicha asimilación era menor que la que resulta de la legislación actualmente vigente, ya que a partir de la Ley de Reforma Tributaria de 1964, artículo 155-20, las comunidades de bienes para la «explotación» de negocios mercantiles o industriales constituidas por actos *inter vivos*, cuyos rendimientos deban ser gravados por los Impuestos Industrial o de Sociedades, tienen la consideración de sociedades a los efectos del Impuesto de Transmisiones. Así lo establece el artículo 57-1-2.º del Texto Refundido, lo cual significa que actual-

mente, y así lo entiende la doctrina más generalizada, dichas comunidades deben tributar por todos los actos que respecto de las sociedades se consideran sujetos, según el artículo 54-3 del Texto Refundido, o sea: la constitución, aumento y disminución de capital, prórroga, modificación, transformación y disolución.

Es de advertir, sin embargo, que la aplicación a dichas comunidades de los preceptos fiscales relativos a las sociedades en el Impuesto de Transmisiones puede no ser nada fácil en la práctica, por la circunstancia de que normalmente tales comunidades no se constituyen a través de un acto formal, como las sociedades, sino que precisamente eluden toda formalidad para vivir únicamente en sus relaciones entre los comuneros, y los actos relativos al aumento o disminución de capital, prórroga, etc., no son fácilmente controlables, al no exigirse igualmente requisitos de cumplimiento formal o registral alguno. Por ello vayan a ser quizá—mientras no se establezca una normativa más amplia y adecuada que la que actualmente representa el citado artículo 57—únicamente los actos de constitución o extinción de tales comunidades societarias o negociales los que puedan ser objeto de liquidación en la práctica, como en el caso que motivó la resolución que antecede, referida, según hemos visto, al supuesto de construcción de un complejo urbano por una pluralidad de titulares.

No obstante, no siempre ese supuesto de construcción comunitaria es encajable en el artículo 57-1-2.º de la Ley del Impuesto. En otra ocasión hemos intentado demostrar que las llamadas «Comunidades de Auto-promotores» no son comunidades negociales constituidas «para la explotación de negocios mercantiles o industriales», ya que en ellas el producto de la actividad constructora va destinado al uso propio de sus miembros. En ellas existe la comunidad de bienes, es decir, la pluralidad de sujetos, la unidad del objeto y la atribución de cuotas; pero su finalidad no es negocial, no explotan un negocio mercantil o industrial cuyos rendimientos estén sujetos a los Impuestos Industrial o de Sociedades, lo cual es presupuesto indispensable para la asimilación en el Impuesto de Transmisiones de la comunidad a la sociedad.

En cambio, la comunidad de bienes existente entre la pluralidad de personas que adquiere un solar y construye sobre el mismo con la finalidad de destinar el producto de la actividad constructora a la venta, constituye hecho imponible en el Impuesto Industrial, Licencia Fiscal, según resulta claramente de los artículos 4.º y 5.º, b), del Texto Refundido de la Ley reguladora de dicho Impuesto de 29 de diciembre de 1966, que considera como actividad sujeta la de construcción de viviendas y locales para proceder ulteriormente a su venta en su totalidad, por partes o por pisos. Por su parte, el Texto Refundido del Impuesto sobre la Renta de Sociedades, en el artículo 9, F), comprende en la relación de sujetos pasivos a las comunidades de bienes que exploten algún negocio gravado por la Licencia Fiscal del Impuesto Industrial. Y es que aunque externa y formalmente sólo se aprecie la existencia de una simple comunidad de bienes, de hecho lo que existe es una sociedad irregular, una unidad económica con finalidad lucrativa que debe equipararse a la sociedad por razones de justicia fiscal, pues tales comunidades ofrecen la misma capacidad contributiva que las sociedades verdaderas. Criterio éste confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 14 de mayo de 1970, en la que frente al caso de tres personas naturales que se dedicaban a la adquisición proindiviso de solares, a la construcción sobre los mismos de edificios y a enajenarlos posteriormente, obteniendo con esa actividad unos beneficios, declara: «... es evidente la sujeción al Impuesto de Sociedades, conforme a los preceptos mencionados, de la

sociedad irregular creada por los demandantes para la venta de edificaciones con finalidad de lucro bien palpable».

Por todo ello parece indudable que si la actividad de construcción de viviendas y locales para proceder ulteriormente a su enajenación es gravable por la Licencia Fiscal del Impuesto Industrial, y esa actividad se desarrolla por una pluralidad de personas, la comunidad entre ellas existente es fiscalmente una comunidad sujeta al Impuesto de Sociedades, con lo que se dan los presupuestos necesarios para la aplicación a tales comunidades del artículo 57-1-2.º de la Ley del Impuesto de Transmisiones.

Es de advertir, sin embargo, que en el caso objeto de esta resolución, la comunidad de bienes se extingue antes de llevar a cabo las ventas de las fincas independientes que integraban el complejo urbano construido, pues en virtud de la propiedad horizontal constituida y de las adjudicaciones realizadas de tales fincas, las ventas no podrán efectuarse ya por la comunidad, sino individualmente por cada uno de los adjudicatarios de aquéllas. Es decir, que la comunidad se constituyó únicamente para proceder colectivamente a la construcción, pero no es la comunidad la que, en definitiva, va a explotar el negocio (la venta o ventas), pues éstas, por virtud de las adjudicaciones previas a los comuneros, han de realizarse por ellos individualmente considerados. ¿Se está entonces en la letra del artículo 57-1-2.º de la Ley del Impuesto?

Lo que, a nuestro juicio, no ofrece duda es la liquidación practicada con base en el artículo 57-2, por el concepto de disolución de sociedad, y que ordenó la resolución del Tribunal Provincial. Para impugnarla se recurre, una vez más, por los contribuyentes a la teoría de la propiedad horizontal *ab initio*, argumentando que ellos fueron dueños de cada una de las partes del inmueble desde el primer momento, pues al abonar proporcionalmente los gastos de los elementos comunes y separadamente los de los elementos independientes, no habían existido verdaderas adjudicaciones ni división material de cosa común, a lo que responde el Tribunal Central con los mismos considerandos que utilizó en su resolución de 24 de octubre de 1974 (puesde verse en el núm. 513 de esta Revista, página 479, de marzo-abril de 1976), negando la posibilidad de una situación jurídica tan anómala como la de que sobre un suelo común, adquirido en copropiedad ordinaria, existiera una construcción perteneciente a sus mismos dueños en una modalidad jurídica o régimen de propiedad diferente, pues por el juego de los artículos 392 y 359 del Código civil, tanto el suelo como lo edificado sobre el mismo pertenece a los copropietarios en régimen de comunidad ordinaria, hasta el otorgamiento de la escritura de constitución del edificio en propiedad horizontal y subsiguiente adjudicación materializadora de las cuotas en el condominio.

**PRESTAMO HIPOTECARIO PARA LA CONSTRUCCION DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL, EN CUYA CEDULA DE CALIFICACION PROVISIONAL SE EXCLUYA EL BENEFICIO DEL PRESTAMO (RESOLUCIÓN DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1974).**

En la correspondiente escritura pública otorgada el 2 de junio de 1972, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja concedió a don J. J. D. un préstamo de 38 millones de pesetas, al 6,75 por 100 de interés, más el 0,60 por 100 sobre la totalidad del préstamo en concepto de comisión, expresando el propósito de dedicar el importe de dicho préstamo a la construcción de viviendas y constituyendo simultáneamente una primera hipoteca sobre los edificios en construcción para responder de la cantidad principal objeto de préstamo, intereses de cinco

anualidades y de 7.600.000 pesetas para costas y gastos. En el mismo documento se hacía constar que el edificio en cuestión se hallaba calificado provisionalmente como de «Protección Oficial», por lo que se solicitaba de la Oficina Liquidadora las correspondientes exenciones.

Primera copia de la citada escritura fue presentada en la Oficina Liquidadora competente, acompañada de fotocopia de la correspondiente Cédula de Calificación Provisional, en la que se relacionaban los beneficios otorgados, consignándose lo siguiente: «No procede préstamo, de acuerdo con el artículo 6.º, a), de la Orden Ministerial de 26 de febrero de 1971.» A la vista de los indicados documentos se practicó liquidación por el concepto de «préstamo hipotecario», que produjo una cantidad total a ingresar de 1.243.382 pesetas.

Contra dicha liquidación se interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, alegando que el préstamo hipotecario a que el expediente se refiere debe considerarse exento del Impuesto sobre Transmisiones, conforme a lo prevenido en el artículo 65-67 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967.

El Tribunal Provincial dictó resolución desestimando la reclamación interpuesta, por entender que no era aplicable al caso la exención número 63 del artículo 65, toda vez que entre los beneficios legales concedidos a las viviendas de que se trata no se encuentran los del apartado b) del artículo 68 de la Ley de Viviendas de Protección Oficial (préstamos con interés), de donde se infiere que el préstamo concedido al reclamante se produjo al margen de la legislación especial sobre tales viviendas y, en consecuencia, no puede subsumirse en la exención antes citada, sin que, por otra parte, le pueda ser aplicado tampoco la exención prevenida en el número 67 del artículo 65, ya que el referido préstamo no se ha otorgado con cargo a los fondos destinados por disposiciones del Ministerio de Hacienda a la construcción y adquisición de viviendas y, por consiguiente, no puede considerarse concedido en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Ordenación del Crédito y la Banca.

Contra el fallo precedente se interpuso recurso de alzada ante el Tribunal Central, manifestando que la exención prevenida en el número 63 del artículo 65 es de aplicación porque así resulta explícitamente de su texto, sin que la prevención del último párrafo del número 28 signifique nada en contra de esa conclusión, por lo que el Tribunal de Instancia ha confundido los «requisitos» establecidos por la ley con los «beneficios» concedidos, que son dos cosas distintas, insistiendo asimismo en que procedería igualmente la aplicación de la exención del número 67 del artículo 65.

El Tribunal Central, resolviendo en Segunda Instancia la reclamación entablada, acordó estimarla, anulando la resolución impugnada, así como la liquidación practicada.

«Considerando que hallándose concertado el préstamo hipotecario a que la presente reclamación se refiere el día 2 de junio de 1972, y habiéndose otorgado la calificación provisional de las viviendas en 13 de noviembre de 1971, es visto que el préstamo está solicitado, concedido y formalizado después de obtenida la calificación provisional y antes de obtener la definitiva, de donde se infiere que se cumplen los supuestos de hecho previstos por la norma declaratoria de la exención que se invoca.»

«Considerando que el Tribunal Provincial, al desestimar la aplicación de tal exención al contrato de préstamo cuestionado, se funda en que a las viviendas a que el expediente se refiere no se les ha otorgado el beneficio del apartado b) del artículo 8 de la Ley de Viviendas de Protección Oficial, o sea, el de recibir los préstamos con interés, que el mencionado precepto establece; pero es evidente que el artículo 65-1-63 del Texto Refundido del Impuesto no consagra una exención aplicable ex-

clusivamente a los préstamos del artículo 8, apartado b), de la Ley de Viviendas de Protección Oficial, que en la mayor parte de los casos estarían comprendidas en los números 65 y 66 del precepto anteriormente citado, sino que la exención es de aplicar, porque así se desprende de su claro tenor literal, a todos los préstamos hipotecarios solicitados antes de obtener la calificación definitiva, quedando condicionada a que las viviendas se construyan en el tiempo, forma y condiciones de todo orden exigidos por la legislación protectora, como en el caso examinado concurre.»

COMENTARIO.—El Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 17 de febrero de 1959, en su artículo 6.º, A), 59-c), concordante con el artículo 104 de la Ley de Viviendas de Renta Limitada de 15 de julio de 1954, condicionaba la exención para los contratos de préstamo hipotecario que se destinaran exclusivamente a la construcción de tales viviendas, a dos requisitos: a) Que el interés concertado no excediera del tipo que para esta clase de operaciones señalara el Ministerio de Hacienda, que lo fijó por Orden del 23 de julio de 1959 en el 5,50 por 100. b) Que el plazo de amortización no fuera inferior a diez años.

Posteriormente, el Texto Refundido de la legislación sobre Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1963, en su artículo 10, A), 5.º, vino a establecer una sola condición para la aplicación de la exención a tales préstamos hipotecarios: Que se soliciten antes de obtener la calificación definitiva de Viviendas de Protección Oficial, cualquiera que fuese la fecha de su concesión. Y consecuente con esta nueva regulación de la materia, la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, en su artículo 146-62, sometió al mismo condicionamiento la concesión de la exención por Impuesto de Transmisiones, añadiendo, sin embargo, lo siguiente: «... con la limitación establecida en el último párrafo del número 29 de este artículo», conforme al cual: «La exención se entenderá concedida con carácter provisional y condicionada al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas.» Y lo mismo vino a establecer sustancialmente el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones de 6 de abril de 1967, en el número 63 de su artículo 65.

Como la legislación especial de Viviendas de Protección Oficial reguló los préstamos con interés—uno de los beneficios que, según el artículo 8 de la Ley de 1963, podrían concederse a través del Instituto Nacional de la Vivienda—, estableciendo un tipo de interés reducido, una cuantía máxima y ciertas exigencias en materia de garantías, pronto se planteó el problema, desde el punto de vista fiscal, de los requisitos que habían de reunir los préstamos hipotecarios para merecer la exención del Impuesto de Transmisiones. Para la Administración fiscal y para la generalidad de las Oficinas Liquidadoras, influidas, sin duda, por el precedente de la Ley de Viviendas de Renta Limitada de 1954, la alusión a que la exención estaba condicionada al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas, se refería a los requisitos que para cada negocio jurídico exigen tales disposiciones y, por tanto, los préstamos hipotecarios únicamente podrían gozar de exención cuando «el beneficio del préstamo» fuera concedido expresamente y se ajustara, además, a lo establecido en la ley en cuanto a su cuantía, tipo de interés y plazo de amortización.

Pero este criterio no era unánime. Se entendía, por parte de los promotores de las Viviendas de Protección Oficial, que la redacción del artículo 146-62 de la Ley de Reforma Tributaria implicaba un nuevo criterio legislativo que abandonaba el anterior, o sea, el del Reglamento del Impuesto de 1959, que exigía, como vimos antes, un interés máximo del 5,50 por 100 y un plazo mínimo de amortización de diez años. Para los



defensores del segundo criterio, la remisión que el artículo 146-62 hacía al número 29 del mismo artículo no podía referirse sino a los requisitos legales que de oficio exige el Ministerio de la Vivienda para conceder la calificación definitiva de Viviendas de Protección Oficial.

Enfrentados ambos criterios en un caso concreto, la resolución del T. E. A. C. de 20 de noviembre de 1969 (que puede verse en el núm. 481 de esta Revista, de noviembre-diciembre de 1970, pág. 1612) optó por mantener el primero de los expresados criterios, confirmando la denegación de la exención a un préstamo en que el tipo de interés pactado era del 7 por 100 y, por tanto, superior al del 5,50 por 100, que era el autorizado a la sazón para estas operaciones.

La resolución del T. E. A. C. que ahora tenemos a la vista cambia la doctrina fiscal antes expuesta en los términos que resultan de los considerandos transcritos. Y creemos que este cambio ha venido motivado por la interpretación que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 29 de septiembre de 1973 (véase en esta Revista, núm. 502, de mayo-junio de 1974, pág. 692), hizo del sentido que debe darse a la remisión que hace el número 63 del artículo 65 de la Ley del Impuesto al último párrafo del número 28 del mismo artículo. Dicha sentencia venía a resolver recurso contencioso-administrativo contra resolución del T. E. A. C., que había confirmado la del Tribunal Provincial, denegatorias ambas de la exención a un préstamo hipotecario cuyo tipo de interés y plazo de amortización no se ajustaban a lo establecido para los préstamos regulados por la legislación específica de Viviendas de Protección Oficial. La transcripción de los considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo nos releva de todo comentario.

Considerando que a la vista del articulado de la referida Ley de Viviendas de Protección Oficial, y especialmente de sus artículos 8 y 10, no cabe confundir entre estos dos preceptos: a) Exenciones y bonificaciones tributarias. b) Préstamos con interés, y al establecer el artículo 10, A), 5.º, que gozan de exención total del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales «los contratos de préstamo hipotecario que se soliciten antes de obtener la calificación definitiva de Viviendas de Protección Oficial, cualquiera que fuese la fecha de su concesión...», no es lícita la interpretación que condiciona el otorgamiento de la exención a la concurrencia de los dos requisitos que establecía la legislación ya derogada, **NI TAMPOCO AQUELLA OTRA QUE PRETENDE LIMITAR EL BENEFICIO TRIBUTARIO EXCLUSIVAMENTE A LOS PRESTAMOS COMPRENDIDOS EN EL APARTADO B) DEL ARTICULO 8 Y ARTICULO 18 DE LA CITADA LEY, QUEDANDO EXCLUIDOS LOS LLAMADOS PRESTAMOS «LIBRES».**

Considerando que a la misma conclusión se llega a la vista del artículo 65/63 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, ya que no recogen aquellas dos limitaciones de la legislación derogada, y la remisión que hace al último párrafo del número 28 del mismo artículo, según el cual, «la exención se entenderá concedida con carácter provisional y condicionada al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exigen las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas», no tiene otro alcance que el de proclamar la pérdida de la exención en el caso de no llegar a obtener la calificación definitiva o de incurrir en omisiones o defraudaciones determinantes de la descalificación.

J. A. B.