



## ÍNDICE

---

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DECLARANDO LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PLUSVALÍA LOCAL .....	2
EL SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS EN LA CONS- TITUCIÓN DE UNA HIPOTECA .....	3
EL IMPACTO DEL IVA "SANITARIO" SOBRE EL NEGOCIO DE LAS ÓPTICAS .....	6

---

NEWSLETTER Nº 52 - MARZO 2017

EDITA

DUEÑAS RUART ABOGADOS  
Plaza Tendillas, 5 – Edificio Fénix – 3º  
14002 – CÓRDOBA  
T. 0034 957 472 869  
administracion@duenasruartabogados.com  
www.duenasruartabogados.com

### **I.- Sentencia del Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad del gravamen de plusvalía local -IIVTNU- en un supuesto de venta a pérdidas.**

**Javier GARRIDO EISMAN – Abogado  
Área Fiscal**

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 16 de febrero de 2017, ha declarado inconstitucional la normativa foral de la Diputación Foral de Guipúzcoa en cuanto a la sujeción al gravamen comúnmente conocido como plusvalía local –*Impuesto local sobre el Incremento del Valor en los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU)*- de la venta de un bien inmueble a pérdidas. La normativa foral en cuestión, similar a la normativa estatal general aplicada por prácticamente la totalidad de municipios españoles, tipifica y sujeta a este gravamen municipal, la transmisión de cualquier bien inmueble urbano con independencia de haberse generado una ganancia o pérdida con dicha transmisión.

El citado tributo es un impuesto local de carácter potestativo: es decir, se prevé en la Ley estatal para Haciendas Locales y se permite voluntariamente a elección de cada Municipio su aplicación o no a la población.

Se prevé un sistema de cuantificación del hecho imponible que no tiene en consideración el precio o contraprestación de la transmisión ni la ganancia o pérdida obtenida, pues se determina en función del valor catastral del suelo urbano en el momento de la transmisión, de los tipos establecidos por cada Ayuntamiento dentro del margen estatal estipulado, y el número de años en los que se ha tenido el bien en propiedad.

De esta manera, teóricamente se sujeta a gravamen el supuesto incremento de valor que todo terreno urbano tiene con el paso del tiempo, a consecuencia de la mejora de condiciones y desarrollo de los municipios españoles, lo cual se presupone independiente a las oscilaciones especulativas inmobiliarias y a los precios reales de mercado –*se grava el valor catastral*-. Sin embargo, tal justificación teórica para la constitucionalidad del impuesto –*todo impuesto exige la manifestación de capacidad económica por parte del contribuyente*- parece no ajustarse a la legalidad cuando se grava mediante dicho supuesto legal ventas de bienes inmuebles a pérdidas (valor de transmisión inferior al valor de adquisición) como en el caso fallado por el Tribunal Constitucional.

Cabe resaltar, que pese a que la citada Sentencia trata normativa foral, el supuesto de fondo enjuiciado es idéntico y aplicable al resto de casos similares que se produzcan a lo largo del territorio español, y son numerosos los pronunciamientos judiciales en este sentido existentes hasta la fecha, destacando en este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Asimismo, varios Juzgados y Tribunales (comenzando por una famosa sentencia de Cuenca) han declarado que con independencia de la legalidad y constitucionalidad del supuesto gravado en caso de venta a pérdidas, el modo de cuantificación del impuesto es ilegal y no ajustado a su objetivo, pues grava un incremento de valor teórico conforme al futuro (se aplica número de años sobre unos coeficientes respecto al valor catastral del terreno en el momento de la transmisión), sin que pueda manifestarse que mediante tal sistema de cálculo se establezca la incremento de valor teórico que dicho terreno ha tenido durante los años anteriores a la transmisión en los que el contribuyente ha tenido el bien el terreno en su propiedad.

En consecuencia, resulta factible no sólo la interposición de procedimiento de recurso frente a liquidaciones del impuesto

que se reciban, sino también respecto a liquidaciones notificadas durante los cuatro últimos años, *especialmente si se trata de autoliquidaciones realizadas por el propio contribuyente*, siempre que haya habido un caso de venta a pérdidas que haya sido gravado mediante el tributo analizado.

## **II.- Sujeto pasivo del AJD en constitución de derecho real de garantía hipotecaria.**

**Javier GARRIDO EISMAN – Abogado  
Área Fiscal**

Mediante el concepto Documentos Notariales –DN-, cuota variable, de la modalidad Actos Jurídicos Documentados –AJD- del tributo Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados –ITAJD-, se sujeta a gravamen la realización de escrituras notariales susceptibles de inscripción en Registro público (Registro de la Propiedad, R. Mercantil, etc.) que tienen contenido económico valuable, como es el caso de la constitución de un derecho real de garantía hipotecaria –*hipoteca*-.

Respecto al caso concreto de la hipoteca ha existido tradicionalmente confusión y problemática al respecto de quien es el sujeto pasivo: la persona obligada a pagar la cuota tributaria resultante de la operación.

La Ley del impuesto, establece de manera genérica para todos los supuestos del concepto DNI del AJD: 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.*

Es decir, siempre que exista una persona que adquiere un derecho, éste será el sujeto pasivo de la citada modalidad, como ocurre sin lugar a dudas en el caso de la constitución de hipoteca, pues hay una persona que adquiere este derecho real de garantía hipotecaria, quedando por lo tanto sujeto al pago de la cuota tributaria.

Sin embargo, a pesar de la claridad de la Ley, en consonancia con el espíritu del impuesto –ITPAJD– en el cual resulta obligado al pago la persona que ve incrementado su patrimonio (adquisición de bienes o derechos), hasta el año 2013, la Dirección General de Tributos declaraba que cuando un contribuyente garantizaba deuda tributaria mediante la constitución de hipoteca sobre un bien inmueble, el sujeto pasivo era el propio contribuyente, aludiendo que el Estado no intervenía en la escritura pública necesaria y que el contribuyente era la persona que instaba y a cuyo favor se expedía la escritura de hipoteca (*segundo supuesto previsto en el artículo que opera sólo en defecto de que haya quien adquiera derecho*).

Afortunadamente para el contribuyente, y tras numerosas sentencias de los distintos Tribunales Superiores de Justicia así como de algunos Tribunales Económico-Administrativos (como el Regional de Andalucía) dicha errónea interpretación ha sido superada, aceptándose que el sujeto pasivo en tal caso es el Estado, sin perjuicio de estar exento, pues es quien adquiere ese derecho de garantía hipotecaria.

Sin embargo, tal razonamiento jurídico no parece ser aplicable cuando se produce la operación común de adquisición de préstamo con garantía hipotecaria entre particulares y entidad financiera, pues el resultado de tal operación es que el particular que hipoteca su vivienda para la adquisición de préstamo sea la persona que abona la cuota tributaria de este AJD DN (modelo 600 en Andalucía que oscila entre los 1.500 – 4.000 €) por la escritura pública de hipoteca, que es lo que se sujeta a gravamen:

*El préstamo no tributa por esta modalidad –AJD– ya que no es una operación inscribible en Registro Público. Además, está sujeto, y exento a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas –TPO– que es incompatible y prevalece sobre el AJD, al margen de que cuando se realiza por empresario o profesional quede sujeto, y exento, a IVA, lo cual prevalece sobre TPO.*

Ciertamente, la Ley del impuesto –ITPAJD– establece que los préstamos con garantía hipotecaria que se constituyan

mediante la misma escritura pública, tributen exclusivamente como préstamo, de manera que quedaría la operación sujeta únicamente a la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO), siendo el sujeto pasivo el prestatario, que es quien adquiere el bien o derecho (dinero prestado).

No obstante, al realizar la operación de préstamo una entidad financiera, es decir, un empresario o profesional a efectos de IVA, la presente operación de préstamo con garantía hipotecaria queda desglosada en dos convenciones:

- Préstamo: operación sujeta y exenta a IVA (art. 20.Uno.18.c Ley del IVA). En consecuencia, de conformidad con el art. 5 de la Ley del ITPAJD, el préstamo no está sujeto a TPO.
- Constitución de un derecho real de garantía hipotecaria: operación sujeta y exenta a IVA (art. 20.Uno.18.f Ley del IVA), y sujeta y no exenta a ITPAJD en su modalidad de Actos Jurídicos Documentados, por el concepto Documentos Notariales, ya que ambas sujeciones tributarias son compatibles.

Es decir, en la operación descrita – préstamo hipotecario con entidad financiera-, la tributación es mediante AJD (D.N.) sólo y exclusivamente por la constitución de una garantía hipotecaria, siendo el adquirente del derecho real de garantía hipotecaria la entidad financiera a

cuyo favor se realiza, adquiriendo la condición de sujeto pasivo.

Sin embargo, el razonamiento anteriormente expuesto a la luz de la Ley queda desvirtuado por el art. 68 del Reglamento del impuesto, el cual declara respecto al sujeto pasivo de esta operación que Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.

Cabe pensar que el citado artículo reglamentario sólo se refiere a supuestos de préstamos con garantía hipotecaria realizado entre particulares, pues de esa manera el préstamo no está sujeto a IVA, sino a TPO, de manera que pese a poder constituir un evidente caso de exceso reglamentario, *que a continuación se expondrá*, parece razonable tal mecanismo: en lugar de que se tribute doblemente en el ITPAJD: vía TPO por el préstamo y AJD por la hipoteca, el artículo reglamentario limita las dos cuotas tributarias a una sola, determinando como sujeto pasivo al prestatario (adquirente del préstamo).

Sin embargo, dicha interpretación no tiene demasiado sentido debido a que la modalidad TPO por préstamo está exenta, de manera que dicho reglamento modifica al fin y al cabo la persona que paga la cuota tributaria resultante de la operación.

Uno de los principios fundamentales en materia tributaria es la reserva de ley, no sólo establecida en la propia Ley General

Tributaria, sino que es una materia de protección constitucional.

Esta reserva de ley implica que está radicalmente proscrita la modificación de aspectos esenciales en materia tributaria por vía de reglamento, como sucede en el presente caso –se modifica quien es el sujeto pasivo, lo cual es un elemento esencial- de manera que el citado artículo reglamentario del AJD debe ser declarado inconstitucional, suponiendo un nuevo caso más de exceso reglamentario, como tantos otros que han sido previamente reconocidos como tales, y declarados nulos.

### **III.- Conflicto tributario sobre tipo de IVA aplicable a la adquisición de monturas para gafas graduadas.**

**Javier GARRIDO EISMAN – Abogado  
Área Fiscal**

A raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de enero de 2013, sancionando al Reino de España por indebida aplicación de tipos reducidos de IVA dentro del sector sanitario, mediante la Ley 28/2014, que entró en vigor con fecha de 1 de enero de 2015, se realizó modificación respecto a los productos sanitarios a los que le es aplicable el tipo de IVA reducido -10%- (art. 91.Uno.1.6º.c) Ley 37/92 IVA).

Previo a la entrada en vigor de la citada reforma, con fecha de 29 de diciembre de 2014, la Dirección General de Tributos – DGT- se pronunció al respecto de la interpretación de la citada reforma, declarando que la adquisición de monturas para gafas graduadas tributa al tipo de IVA general -21%- aun cuando su finalidad sea la venta final de gafas graduadas, producto final al que sí le es aplicable el tipo de IVA reducido -10%-.

Con posterioridad, fecha de 10 de febrero de 2016, la Dirección General de Tributos se ha reiterado en la interpretación indicada, declarando que la adquisición de monturas para gafas no se encuadra en el supuesto legal del tipo reducido, por cuanto no puede tener la consideración de gafas, y no está diseñado para aliviar o tratar deficiencias.

No obstante, el citado criterio de la DGT no ha sido seguido por las grandes compañías proveedoras, quienes han aplicado el tipo de IVA reducido del 10% en sus operaciones de venta de monturas para gafas graduadas, entre otros a los comerciantes minoristas personas físicas, quienes se encuentran en el Régimen especial de IVA de Recargo de Equivalencia.

Consecuencia de ello, desde finales del año 2016, la Agencia Estatal de Administración Tributaria –AEAT- está llevando a cabo una actuación de regularización de la situación descrita, aplicando el tipo de IVA general -21%- a todas las operaciones de venta de montura

para gafas graduadas realizadas por estos grandes proveedores del sector, a partir del 1 de enero de 2015, exigiéndoles la cuota de IVA dejada de ingresar -11%- por aplicación indebida del 10% en lugar del general -21%-

Como resultado de la citada actuación tributaria, las grandes compañías proveedoras de monturas para gafas graduadas están iniciando una campaña de rectificación de las facturas expedidas desde el 1 de enero de 2015, a sus compradores comerciantes minoristas, exigiéndoles el pago del porcentaje de IVA no abonado -11%- como consecuencias de haberles aplicado un 10% en lugar del 21%.

Cabe resaltar, que las personas físicas comerciantes minoristas del sector, en régimen especial de IVA de recargo de equivalencia, no pueden realizar rectificación alguna por las ventas realizadas, de manera que la situación indicada les supone una pérdida económica irrecuperable, pues tampoco les es posible realizar deducción de las cuotas de IVA soportadas por su régimen especial aplicable.

Asimismo, las grandes compañías proveedoras del sector han decidido aplicar en adelante, el tipo de IVA general -del 21%- para las ventas de monturas para gafas graduadas, lo cual produce un desequilibrio de competencia entre comerciantes minoristas personas físicas y jurídicas por el siguiente motivo:

- A la venta de gafas graduadas le es aplicable en todo caso el tipo de IVA del 10%. Sin embargo, a la adquisición previa de las monturas por separado le está siendo aplicado un 21% de IVA.

- Los comerciantes minoristas personas jurídicas -sociedades- tienen derecho a la deducción de las cuotas de IVA soportado, de manera que el hecho de que se les imponga un tipo de IVA del 10 o 21% no afecta a su resultado final de costes - salvo el coste financiero por el transcurso de tiempo entre el abono del IVA y su recuperación-.

- Sin embargo, los comerciantes minoristas personas físicas que venden mayoritariamente a consumidores finales, encontrándose por obligación legal en el régimen especial de IVA del recargo de equivalencia, no tienen atribuida esta facultad de deducción de las cuotas de IVA soportadas, de manera que la repercusión por el proveedor de un tipo de IVA del 21 o del 10% sí les supone en todo caso un aumento de su coste de adquisición irrecuperable.

Por ello, la repercusión de un IVA del 21% por parte de los proveedores del sector en la venta de montura para gafas graduadas provoca una situación de distorsión en la libre competencia, perjudicando claramente a los comerciantes minoristas personas físicas, dejándolos en una situación de desequilibrio respecto a los vendedores finales personas jurídicas, quienes tienen un coste de adquisición un

11% inferior, pudiendo ofrecer precios más competitivos a los consumidores finales.

Ante el citado perjuicio económico para los comerciantes minoristas, especialmente personas físicas del sector, tanto por la rectificación de las facturas de los años 2015 y 2016, como por la repercusión del tipo de IVA del 21% para las futuras facturas, los afectados deberán realizar las actuaciones pertinentes para la defensa de sus intereses.

Para ello, desde los distintos despachos jurídicos, incluyendo los profesionales del área de Derecho tributario del nuestro, se prepara la iniciación de una actuación dirigida a combatir tales medidas, en el convencimiento de la antijuridicidad de dicho perjuicio económico, teniendo conocimiento de las mejores vías de actuación frente a las regularizaciones de facturas de años anteriores, así como ante la repercusión del tipo de IVA general -21%- para futuras adquisiciones de monturas para gafas graduadas.