

A Fondo

El impuesto de las hipotecas, una cuestión de justicia

A los asesores fiscales nos preocupa que el impacto económico del conflicto influya en el Supremo



JOSÉ IGNACIO ALEMANY
Presidente de Aedaf

Los asesores fiscales hemos recibido con sorpresa y leído con preocupación la nota informativa del presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo por la que suspende los señalamientos de los recursos de objeto similar al de su sentencia de 16 de octubre en relación con el impuesto sobre actos jurídicos documentados (AJD) que recae sobre las escrituras de préstamos hipotecarios y avoca al pleno el conocimiento de algunos de esos recursos para decidir si el giro jurisprudencial debe ser o no confirmado. La Sala de lo Contencioso-Administrativo está formada por varias secciones, una de las cuales, la segunda, es la especializada en temas tributarios. Esta es la sección que pronunció la sentencia de 16 de octubre que comentamos.

La decisión del presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo implica que la cuestión controvertida, compleja en materia tributaria, va a ser decidida por un grupo de magistrados reunidos en un pleno en el que necesariamente se enriquecerá el debate, pero se diluirá la especialización tributaria de que goza la Sección Segunda, y esto nos preocupa. Como nos preocupa, y mucho, que el motivo de su decisión sea la enorme repercusión económica y social de la sentencia cuando la actuación de un Tribunal Supremo sirve única y exclusivamente a la justicia.

La sentencia que comentamos dice fundamentalmente dos cosas, que vamos a analizar en orden inverso a como el Supremo lo hace. La primera, que el segundo párrafo del artículo 68 del

Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados supone un exceso reglamentario por falta de cobertura legal, y por tanto debe anularse. La ley dice que quien debe pagar el impuesto (el "sujeto pasivo") es el adquirente y el reglamento añadía por su cuenta que en los préstamos hipotecarios debe considerarse adquirente al prestatario.

Debemos resaltar que la condición de sujeto pasivo está sometida al principio de reserva de ley, esto es, que solo una ley formal (no un reglamento) puede establecer quién debe pagar un impuesto.

Expulsado de nuestro ordenamiento el párrafo segundo del artículo 68 del reglamento, expulsión que no tiene vuelta atrás, nos queda el párrafo primero, que dice lo mismo que el 29 de la ley: "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".

Toca ahora (segunda cuestión) interpretar este párrafo en relación con los préstamos hipotecarios. La pregunta es directa: ¿quién adquiere qué en un préstamo hipotecario? Si nos olvidamos por un momento de la hipoteca, conviene recordar que el de préstamo no es el típico contrato en el que haya un adquirente, como ocurre en la compraventa, la permuta o la donación, sino un contrato que, según la jurisprudencia del Supremo, es de naturaleza real, es decir, que una vez entregado el dinero por el banco surge la obligación por el prestatario (el cliente) de reembolsar el principal del préstamo y los intereses convenidos. Probablemente por eso,



PABLO MONGE

porque en un préstamo no hay adquirente como tal, el reglamento quiso resolver la duda con el segundo párrafo ahora anulado. Y si alguien pensara que en el contrato de préstamo hay "adquirentes", tan adquirente sería el cliente como el banco, pues este adquiere el derecho a recibir el principal y los intereses.

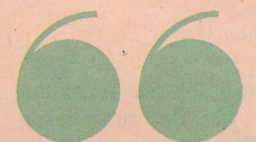
Cuando no hay adquirente o no puede determinarse con precisión quién lo es, cabe acudir a la segunda parte del artículo 29 de la ley: en defecto de adquirente deberán pagar el impuesto "las personas que insten o soliciten los

documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan."

En este análisis conviene decir, y esta es una de las claves de la sentencia, que los préstamos normales, no hipotecarios, son ajenos al impuesto que comentamos. En efecto, un préstamo no hipotecario no es inscribible en el Registro de la Propiedad, con lo que la escritura que lo documenta no tiene que tributar, ya que el impuesto sobre actos jurídicos documentados grava solo las escrituras que tienen acceso a ese registro. Con buen criterio dice la sentencia que solo la

hipoteca es la que justifica el acceso al registro y, por tanto, es la que da vida al impuesto. Acaba el tribunal diciendo que ahí no hay duda: a quien le interesa la garantía hipotecaria es al banco, y es el banco el que se beneficia de la escritura, pues solo con la escritura puede acceder al Registro, y solo accediendo al Registro nace la hipoteca.

Tal como dice la sentencia, "no nos cabe la menor duda de que el beneficiario del documento que nos ocupa no es otro que el acreedor hipotecario [el banco] pues él (y solo él) está legitimado para ejerci-



Para nosotros la conclusión, desde el punto de vista técnico, es obvia: es el banco el que debe pagar el tributo

tar las acciones (privilegiadas) que el ordenamiento ofrece a los titulares de los derechos inscritos. Solo a él interesa la inscripción de la hipoteca (el elemento determinante de la sujeción al impuesto que analizamos), pues esta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad".

La conclusión es obvia: es el banco quien, según la ley, tiene que pagar el impuesto, conclusión que, para nosotros, es la correcta desde el punto de vista técnico.

Ojalá nuestros magistrados reunidos en pleno sepan verlo así.