

## **EL MAL LLAMADO “IMPUESTO SOBRE LAS HIPOTECAS”**

**José Manuel Tejerizo López**

**Catedrático Emérito de Derecho Financiero y Tributario**

**UNED**

### **I. INTRODUCCIÓN**

En mi larga vida universitaria no había contemplado una polémica tan apasionada como la que han levantado las recientes sentencias del Tribunal Supremo (TS) sobre el Impuesto sobre actos jurídicos documentados que grava las primeras copias de las escrituras públicas de constitución de una hipoteca en garantía de un préstamo. Ha habido otras sentencias discutibles, no solo del TS sino también del Tribunal Constitucional (TC) o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), pero su repercusión, a pesar de la importancia social y económica que tuvieron en su día algunas de ellas, raramente traspasó el ámbito académico.

Lo acontecido en el último mes podría ser analizado con mucha más autoridad que yo por autores como el abogado del Estado ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE, los profesores JOSÉ LUIS MUÑOZ DEL CASTILLO y MARTA VILLARÍN, o el registrador de la propiedad JOSÉ MENÉNDEZ (solo por citar a algunos pertenecientes más o menos a mí generación o a la inmediata posterior).

Pero con su permiso tácito, “robando” algunas de sus ideas, aunque sea de memoria porque no he consultado recientemente sus obras, y aprovechando que en alguna ocasión también estudié el Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (en adelante, salvo que se cite completo, ITPYAJD)<sup>1</sup>, me atrevo a redactar una líneas apresuradas sobre lo acontecido.

Para empezar, hay que hacer algunas precisiones (que servirán también para deshacer bastantes equívocos):

1) No nos encontramos ante un impuesto sobre las hipotecas (al menos, no lo es el que está siendo objeto de comentarios durante estos días), sino ante el impuesto que grava las primeras copias de las escrituras públicas en las que se formaliza una hipoteca. Dicho de otro modo, no estamos hablando del Impuesto (que efectivamente existe en nuestro ordenamiento) sobre la constitución de una hipoteca, sino del que grava el documento en el que esta se formaliza .

---

<sup>1</sup> En el número 56 (año 1979) de la revista Hacienda Pública Española, editada por el Ministerio de Hacienda, publiqué el artículo titulado *Principios que informan el Impuesto de transmisiones patrimoniales*.

2) El Impuesto en cuestión no se estableció en 1993, como se ha dicho de forma reiterada, sino que existe en España desde el siglo XIX. Lo que es cierto es que la norma vigente resulta ser, como veremos un poco más adelante, un Texto refundido aprobado, este sí, en 1993, y que desde entonces ha sufrido numerosas modificaciones, aunque ninguna que haya afectado a su estructura esencial.

3) El impuesto casi siempre fue satisfecho por los hipotecados, aunque en algunos momentos de su larga vida lo fue por los hipotecantes.

4) La hipoteca, como conoce cualquier estudiante de Derecho, es una obligación que se constituye sobre un bien inmueble para garantizar otra obligación principal (artículos 1857 y 1874 del Código civil) y que, para convertirse en un derecho real, esto para poderse oponer frente a cualquiera, tiene que formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la propiedad (artículo 1875 del mismo Código).

Así pues, e insistimos en ello, de lo que se está hablando ahora es de la tributación de las escrituras públicas (documento notarial) de constitución de una hipoteca que garantiza un préstamo.

Acabo de señalar que el impuesto tiene una larga historia, por lo que no se puede entender si no se hace referencia a ella, aunque sea de modo casi telegráfico.

## **II. LA SITUACIÓN EN EL AÑO 1960**

En el año 1960 existían tres impuestos que han terminado por dar lugar al actual ITPYAJD. Estos impuestos, con origen en el siglo XIX, eran los siguientes:

a) El Impuesto de derechos reales y transmisiones de bienes, regulado por el Texto refundido (TR) de 21 de marzo de 1958, y por un Reglamento aprobado por Decreto 176/1959, de 15 de enero, que solo llegó a derogarse de manera definitiva nada menos que en el año 1991.

b) El Impuesto del timbre del Estado, regulado por el TR aprobado por el Decreto 396/1960, de 3 de marzo.

c) Y el Impuesto sobre grandezas, títulos nobiliarios, condecoraciones y honores, regulado por el TR aprobado por el Decreto 1453/ 1960, de 7 de julio, del que nos limitamos a hacer una simple mención porque, aunque algunos de sus hechos imposables siguen vigentes, no tiene interés alguno para nuestro análisis.

Todos estos impuestos reconocían muchas exenciones y bonificaciones., característica que han heredado todas las normas posteriores, y que es una de las causas de fondo que han provocado los problemas actuales. Se puede decir

sin mucha exageración que de estos polvos proceden en alguna medida no menor los lodos de estos días.

Por simplificar, el **Impuesto sobre derechos reales y transmisiones de bienes** era, en realidad, un cajón de sastre en el que había terminado por “aterrizar” tributos de muy distinto origen y naturaleza. A saber, el Impuesto sobre sucesiones, el Impuesto sobre el caudal relicto, el Impuesto sobre transmisiones de bienes *inter vivos* (onerosas y gratuitas), el Impuesto sobre los bienes de las personas jurídicas y el Impuesto sobre el aumento de valor de las fincas rústicas y urbanas.

De todas estas figuras, solo nos interesa decir algo sobre el Impuesto sobre transmisiones de bienes. Entre otros supuestos, en el tributo se gravaba la constitución del derecho real de hipoteca y allí ya se contemplaba, de forma expresa, la concurrencia de la constitución de la hipoteca con un contrato de préstamo. Por lo que ahora nos afecta, las reglas contenidas en el TR de 1959 se pueden resumir del modo siguiente:

1) Cuando coincidían una hipoteca y un préstamo solo se gravaba la primera y no el segundo.

2) El sujeto pasivo era la persona en cuyo favor se constituía la hipoteca. Para entendernos, el banco, si era el que había concedido un préstamo con la garantía hipotecaria.

3) La base imponible estaba constituida por la obligación o capital garantizado, comprendiendo e él las sumas que se asegurasen por intereses, indemnización, pena por incumplimiento u otro concepto análogo, y el tipo de gravamen era del 1,2 por ciento.

Y por lo que se refiere al **Impuesto sobre el timbre**:

1) Se gravaban todos los documentos, públicos o privados que constituyeran el soporte material de cualquier acto o negocio jurídico. Y, como era de esperar, entre ellos se encontraban mencionadas expresamente las escritura públicas de constitución de hipoteca.

2) Los sujetos pasivos del impuesto (*estarán directa y solidariamente obligados al pago*, decía literalmente la ley) eran quienes suscribieran o expidieran el documento o realizaran el hecho sujeto a gravamen. Con esta redacción un tanto ambigua, no es aventurado afirmar que si en la escritura pública se formalizaba un préstamo hipotecario, quien terminaba pagando el impuesto era el hipotecado.

3) La base imponible estaba constituido por el capital garantizado, sin mayores añadidos.

4) Y el impuesto era doble. *Por una parte*, el primer pliego (dos folios) de la primera copias de las escrituras públicas de hipoteca se gravaban con un tipo gradual que oscilaba entre 3 pesetas para las de cuantía hasta 50.000 pesetas,

y 150 pesetas para las que excedieran de cinco millones de pesetas. Y, *por otra*, un tipo fijo de 30 pesetas que recaía sobre los segundos y sucesivos pliegos de las escrituras públicas.

Por resumir, en el año 1960, y por utilizar la terminología ahora en uso, cuando se constituía una hipoteca, por ejemplo de 50.000 pesetas, el cliente pagaba 228 pesetas por el primer pliego de la escritura pública y 3 pesetas más por el segundo y sucesivos pliegos. Y el banco, por su parte, pagaba el 1, 2 por ciento sobre la base que antes hemos mencionado (capital garantizado, intereses e indemnizaciones incluidas).

### **III. LA LEY DE REFORMA DEL SISTEMA TRIBUTARIO DE 1964 Y SUS CONSECUENCIAS**

No voy a ponderar ahora la importancia que tuvo para el establecimiento de un sistema fiscal moderno en España la Ley 41/1964, de 11 de junio, de reforma del sistema tributario, precedida en medio año por la Ley General Tributaria de 1963 (vigente hasta 2004). Centenares de libros y artículos científicos han estudiado la Ley de 1964 desde todos los ángulos posibles, por lo que me sería casi imposible añadir ahora algo novedoso.

Por lo que se refiere a nuestro objeto de análisis, la Ley de 1964 creó, entre otras muchas, dos nuevas figuras tributarias:

1) El **Impuesto general sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados** (artículos 141 y siguientes), impuesto cuyo esquema fundamental, aunque con bastantes matices que destacaremos, ha subsistido hasta ahora.

Este Impuesto integró, aunque con modificaciones sustanciales, los antiguos impuestos sobre derechos reales y sobre transmisiones de bienes (solo las de carácter *inter vivos*), sobre aumento de valor de las fincas rústicas y urbanas, la mayor parte del impuesto sobre el timbre del Estado, y el que recaía sobre grandezas, títulos nobiliarios, honores y condecoraciones. Sus normas, junto con bastantes procedentes de los textos legales y reglamentarios anteriores, se refundieron en el Texto aprobado por el Decreto de 1018/1967, de 6 de abril, norma de rango legal que contenía también las normas de los Impuestos sobre sucesiones y sobre los bienes de las personas jurídicas, a pesar de que la Ley de 1964 los configuraba y regulaba como tributos propios y definidos.

2) El **Impuesto general sobre el tráfico de las empresas** (ITE) (artículos 185 y siguientes). Sus normas, con algunas procedentes de los Impuestos sobre el timbre del Estado y general sobre el gasto, se refundieron en el Texto aprobado por el Decreto 3314/1966, de 29 de diciembre. En este impuesto se gravaban, por emplear un término general, todas las operaciones realizadas por los empresarios, tanto personas físicas como jurídicas.

Por lo que se refiere al **ITPYAJD** lo más relevante a destacar, para nuestro objeto de examen, se puede resumir del modo siguiente:

1) En el tributo se establecían las modalidades de *Impuesto sobre transmisiones patrimoniales inter vivos* (ITP) e *Impuesto sobre actos jurídicos documentados* (IAJD), distinción que todavía pervive.

El primero de los impuestos puede decirse que, en términos generales, era el heredero del Impuesto sobre derechos reales y transmisiones de bienes (solo por lo que afectaba a las de carácter *inter vivos*), y el segundo era el resultado de la unión, simplificación y limitación (porque muchos hechos imposables desaparecieron en el tránsito) de los Impuestos sobre el timbre del Estado, y sobre grandezas, títulos, etc.

2) Ambas modalidades eran incompatibles, con una pequeña excepción que no empaña esta afirmación (la cuota fija exigida por cada pliego de las escrituras públicas, con una cuantía de 5 pesetas), de tal modo que, cuando coincidieran, prevalecía el ITP sobre el IAJD, incluso en los casos en que el acto o negocio jurídico estuviera exento del primero.

3) El ITP gravaba, entre otros muchos otros actos o negocios jurídicos, la constitución de una hipoteca y el contrato de préstamo realizado entre particulares, mientras que el IAJD gravaba, también entre otros muchos supuestos, las primeras copias de las escrituras públicas de constitución de una hipoteca.

4) Cuando coincidían una hipoteca y un préstamo solo se gravaba el segundo y no el primero. Esto es, la regla vigente hasta 1964 se invirtió y así ha seguido hasta ahora (incluso, en parte, después del Real Decreto Ley del pasado día 8 de noviembre, del que daremos noticia más adelante).

El **ITE** gravaba, como hemos dicho, las operaciones realizadas por los empresarios, entre las que se encontraban citadas de modo expreso las operaciones de préstamo y crédito realizadas por las Entidades de crédito.

La base imponible estaba constituida por el importe del préstamo (solo el capital) y el tipo de gravamen estaba constituido por una escala de tipos graduales que comenzaba en 3 pesetas para la parte del préstamo de hasta 5.000 pesetas y finalizaba con un tipo de 5.000 pesetas para la parte del préstamo superior a los 2 millones de pesetas.

Y, además, y esto es importante para nuestro análisis, el ITE era incompatible con el IAJD, del mismo modo que este tributo también lo era con el ITP.

Con estas precisiones podemos decir que la contratación de un préstamo con garantía hipotecaria provocaba las siguientes consecuencias:

a) En el ITP solo estaba gravado el préstamo. Esto significaba que el sujeto pasivo era el prestatario.

A primera vista podría parecer que, con esto, el sujeto pasivo debía ser el cliente, y esto era así para los préstamos concertados entre particulares, pero no cuando préstamos eran concedidos por las Entidades de crédito, porque en este caso estaban sujetas el ITE. En definitiva, cuando estábamos ante este tipo de préstamos no se pagaba cuota alguna en el ITP, por lo que no nos interesa detenernos en examinar los elementos de la cuota tributaria (base imponible y tipo de gravamen).

b) El prestamista, como acabamos de señalar, estaba gravado en el ITE con la escala que ya hemos citado.

Con esto, se puede apreciar la “revolución” que se produjo en la tributación de los préstamos realizados por los bancos con garantía hipotecaria. De estar gravado por los impuestos de derechos reales y transmisiones de bienes y timbre del Estado, se pasó a estar prácticamente excluido de ITPYAJD y solo sujeto al ITE (a cargo de los bancos).

Para el cliente, sujeto pasivo del primero de los impuestos, la disminución de tributación fue notable porque solo pagaba 5 pesetas por cada pliego de la escritura pública, lo que era una cantidad sensiblemente inferior a la que arrojaba la aplicación de los tipos graduales del Impuesto sobre el timbre del Estado.

Y para los bancos también disminuyó la tributación, porque los tipos graduales del ITE arrojaban normalmente una cantidad menor a la aplicación del tipo del 1,2 por ciento al capital de la hipoteca, según establecía, como hemos visto, el Impuesto sobre derechos reales y transmisiones de bienes.

Lo que debe quedar claro es que, de una manera o de otra, con mayores o menores cuotas, **desde el año 1967 hasta el Real Decreto Ley de hace unos días, es decir, durante más de medio siglo, el cliente siempre ha pagado el ITPYAJD.**

#### **IV. LA REFORMA TRIBUTARIA DE LA TRANSICIÓN Y SUS CONSECUENCIAS**

##### **A. Planteamiento**

Es generalmente aceptado que la reforma tributaria que acompañó la transición democrática producida en España a finales de los años 70 del pasado siglo se inició con la Ley 50/1077, de 14 de noviembre, de medidas urgentes de reforma fiscal. Sucesivamente, y durante algo más de una década, se fueron aprobado las leyes de los impuestos que conforman el esquema esencial de nuestro sistema tributario actual. Desde 1990 solo ha habido modificaciones; demasiadas y algunas de gran calado, incluso en el ámbito en el que nos estamos moviendo pero, en general, es posible afirmar que el modelo tributario español actual es el mismo que el configurado entre 1977 y 1988.

No obstante, ya podemos adelantar que se desaprovechó la reforma tributaria para desligar de una vez por todas y de modo radical el gravamen sobre el préstamo cuando era realizado por empresarios, y el gravamen sobre el

documento en que se formalizaba la garantía que acompañaba al negocio principal, sobre todo cuando la garantía era la constitución de la hipoteca. Esto hubiera sido lo correcto, teniendo en cuenta que los hechos impositivos de ambos impuestos son completamente diferentes.

Pero desgraciadamente no sucedió eso, sino algo peor. El equilibrio tributario vigente desde 1964, es posible que discutible, pero equilibrio en todo caso, no solo no se mantuvo, sino que se fue progresivamente degradando, como vamos a ver de inmediato.

## **B. Los Textos refundidos del ITPYAJD de 1980 y 1993 y sus respectivos Reglamentos**

Desde 1980, el ITPYAJD ha sido regulado dos veces, aunque siempre, como ya hemos señalado, se ha mantenido en esencia la estructura establecida por la Ley de reforma del sistema tributario de 1964.

Un repaso, necesariamente sumario, de lo sucedido en los 38 años transcurridos desde entonces pone de relieve que el *status* normativo que se había alcanzado con la reforma tributaria de 1964 se ha ido alterando cada vez más. Y siempre en perjuicio de prestatario. Los hitos a destacar han sido los que resumimos a continuación.

**1. El primero de ellos** se produjo como consecuencia de la aprobación de la Ley 32/1980, de 21 de junio. La ley era conscientemente incompleta, por lo que se previó la aprobación en seis meses de un Texto refundido. Por una vez se respetó el mandato del legislador (el retraso de solo nueve días puede ser considerado “de cortesía”), y así se aprobó un Texto refundido por medio del Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre.

El Texto refundido de 1981 comportó desde el punto de vista sistemático unas modificaciones importantes:

1) El Impuesto sobre las transmisiones patrimoniales gratuitas *inter vivos* (las donaciones, para entendernos) pasó a formar parte del Impuesto sobre sucesiones.

2) El Impuesto sobre transmisiones patrimoniales *inter vivos* se dividió en dos, el primero gravaba las transmisiones patrimoniales onerosas y el segundo sometía a gravamen las operaciones societarias (constitución, ampliación y disminución de capital, disolución, etc.).

Como inciso, creo que, aunque en 1980 no formábamos parte del entonces Mercado Común, la aparición como figura tributaria con sustantividad propia del impuesto sobre operaciones societarias se debió a que existía una Directiva europea sobre la materia, la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, ahora sustituida por la Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.

Para el objeto que nos ocupa, la modificación más importante fue que, si bien se ratificó la regla según la cual cuando coincidían una hipoteca y un préstamo solo se gravaba el segundo y no la primera, desapareció la incompatibilidad que existía entre el impuesto sobre el tráfico empresarial (ITE) y el AJD, lo que supuso que, desde entonces, el prestatario (el cliente, para entendernos), estuvo gravado en este último tributo. **Y esta situación se ha mantenido hasta la aprobación del Real Decreto Ley de 9 de noviembre pasado.**

En la práctica, esto se tradujo en que, en todos los préstamos concedidos por empresarios que fueran garantizados con una hipoteca, el prestamista siguió sujeto al ITE como hasta ese momento, pero el prestatario (el cliente en los préstamos bancarios) dejó de estar no sujeto a tributo alguno (salvo el que gravaba con una cuota fija los pliegos de las escrituras públicas), para pasar a someterse al pago del IAJD con una cuota resultante de aplicar el 0,50 por ciento a una base imponible constituida por el total garantizado, es decir, como ya hemos visto, el capital prestado, los intereses, las indemnizaciones, la penalidad por incumplimiento y cualquier otro concepto análogo y. si no constaba la cantidad asegurada, por el capital y tres años de intereses.

El Reglamento del ITPYAJD, aprobado por el Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, no dejaba lugar a dudas al respecto. En su artículo 18.1 se establecía:

*“La constitución de préstamos garantizados con fianza, prenda, hipoteca y anticresis, tributarán sólo por el concepto de préstamo. En consecuencia, los expresados préstamos que hayan satisfecho el Impuesto por el concepto de Transmisiones Patrimoniales, no estarán sujetos a Actos Jurídicos Documentados.*

**Los que estén sujetos al Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas quedarán, sin embargo, gravados por el concepto de Actos Jurídicos Documentados en el artículo 42 cuando concurren los requisitos previstos en el mismo.”**

Es evidente que el legislador no tuvo en cuenta la ruptura del equilibrio tributario alcanzado en 1964, y lo más grave del asunto es que no se encuentra rastro alguno (ni en la Exposición de motivos del TR ni en la tramitación parlamentaria) de las razones por las que se alcanzó este resultado. En consecuencia, nos hemos quedado con la duda de si ello fue consciente o inconsciente.

**2.** El segundo acontecimiento que desequilibró aún más la tributación del prestamista y el prestatario en los contratos con garantía hipotecaria se produjo en 1986, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, que estableció el Impuesto sobre el valor añadido (IVA) como impuesto sobre el consumo que sustituyó al ITE.

En el artículo 8º.1. 18º,b) de la Ley del IVA se estableció la exención de:

*“La concesión de créditos y préstamos en dinero, cualquiera que sea la condición del prestatario y la forma en que se instrumente, incluso mediante efectos financieros.”*

Esto supuso, expresado en *román paladino*, que, mientras el prestamista dejó de estar sujeto a tributo alguno derivado de la realización del contrato de préstamo, el prestatario siguió sujeto el IAJD en los términos que hemos visto.

**3.** La aprobación de nuevos textos legales reguladores del IVA y del ITPYAJD a principios de los años 90 del pasado año no supuso cambio alguno en la situación existente hasta ese momento. Así:

a) La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, mantuvo la exención de los préstamos [artículo 20.Uno,18º, c)].

b) El Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprobó un nuevo Texto refundido del ITPYAJD mantuvo las dos reglas que hemos mencionado de forma reiterada; (1) que cuando la constitución de una hipoteca coincidiera con un préstamo, solo se pagaría el impuesto sobre este último concepto; y (2) que el IAJD documentados era incompatible con el ITP (y con el Impuesto sobre sucesiones y donaciones que en 1987 había conseguido por fin estar regulado por una ley propia), pero no con el IVA.

Estas reglas fueron confirmadas por el Reglamento del tributo aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo. En su artículo 25.1, todavía formalmente vigente, aunque ahora totalmente vacío de contenido, se establecía:

*“La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo, cuando la constitución de la garantía sea simultánea con la concesión del préstamo o en el otorgamiento de éste estuviese prevista la posterior constitución de la garantía.”*

Y, con más claridad aún, el artículo 68, al determinar el contribuyente en el IAJD, señalaba:

*“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.*

***Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.”***

**4.** La Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, estableció en su Disposición adicional séptima la exención

de los préstamos en el ITP, exención que por razones evidentes solo podía alcanzar a los realizados fuera de una actividad económica.

Con ello se terminó por romper definitivamente el equilibrio tributario de 1964, aunque hay que reconocer que la carga tributaria del prestatario en los contratos entre particulares mejoró algo porque pasó de satisfacer el ITP, con un tipo de gravamen del 2 por ciento, a pagar el 0,5 por ciento (salvo que la Comunidad Autónoma competente hubiera fijado otro) en concepto de IAJD.

## V. LA SITUACIÓN ACTUAL

En el periodo transcurrido desde el inicio de octubre y el 8 de noviembre de 2018, y lamento decirlo profundamente pero expreso lo que de verdad siento, los poderes públicos han hecho una *brutta figura* (como se dice en Italia) y, en particular, se han producido dos de las disfunciones que un grupo de Catedráticos de Derecho Financiero y Tributario, entre los que me encuentro, censurábamos en una declaración que suscribimos en Granada el día 18 de mayo de este mismo año, y que puede leerse en el número 179 (2018) de Civitas. Revista Española de Derecho Financiero.

1) Allí dijimos:

*“Tampoco podemos de dejar de señalar que **la legalidad tributaria se ha deteriorado por la asunción, sin apenas crítica, de funciones normativas por parte de los órganos jurisdiccionales, sobre todo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Con ello no hemos hecho otra cosa que acoger casi sin protestas un modelo de creación del Derecho de raíz anglosajona, completamente ajeno a nuestra tradición jurídica.**”*

En efecto, sin argumentos convincentes aunque, eso sí, muy prolijos, la Sección 2ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (TS), en las sentencias de 10, 16 y 22 de octubre de 2018 (JUR 2018\275887, RJ 2018\4082 y JUR 2018\283469), ha modificado una doctrina que, injusta o no, es la que se desprendía de lo dispuesto en las normas tributarias dictadas desde 1980, y que había sido confirmada por multitud de sentencias de la misma Sección y Sala: Por no hacer interminable la cita, se pueden mencionar en este sentido las sentencias de 22 de abril de 1988 (RJ 1988\3051 ) y de 25 de septiembre de 1989 (RJ 1989\6492)

Más aun, en el Auto del Tribunal Constitucional 24/2005, de 18 de enero, en el que se inadmitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad sobre la cuestión se puede leer (Fundamento de derecho tercero):

*“...debe precisarse que la capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial y, por tanto, de capacidad económica susceptible de gravamen, pues sólo quien tiene capacidad de pago, esto es, quien tiene aptitud para generar riqueza con la que hacer frente a la amortización de un préstamo o de una deuda puede convertirse en titular del mismo. De la misma manera quien ofrece como garantía del préstamo*

*un bien pone de manifiesto, no ya una riqueza potencial concretada en su aptitud para hacer frente al pago de la deuda, sino una riqueza real equivalente al valor del bien que ofrece como garantía del pago de la deuda.”*

2) Y también en la Declaración manifestamos:

*“... observamos perplejos el desvalimiento de la Ley en este campo. En los últimos años se ha ido consolidando la primacía del Poder Ejecutivo frente al Poder Legislativo, lo que se ha traducido en la asunción como ordinario de algo que no lo es, y que no debe serlo, como es la gobernación de la Hacienda Pública mediante el recurso reiterado a la figura del Decreto Ley (RDL).”*

Pues bien, como es sabido, el día 8 de noviembre de 2018, el Gobierno aprobó el Real Decreto-Ley 17/2018, modificando el artículo 29 del Texto refundido del ITP de 1993, que ha quedado redactado así:

*«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.*

*Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista».*

No niego que pueda ser más justo que el prestamista sea quien satisfaga el IAJD, porque en definitiva es quien resulta favorecido por la constitución de la hipoteca (esta es la opinión, por ejemplo de JOSÉ LUIS MUÑOZ DEL CASTILLO y de MARTA VILLARÍN), pero también nos hemos cansado de oír decir que no se debe legislar en caliente, y este es un ejemplo más de lo acertado de esta afirmación.

Sin poder entrar en un análisis detallado del precepto (no me cabe la menor duda de que lo harán muchos), y sin negar que la situación que existía era injusta (por dejación de los poderes públicos, no hay que olvidarlo), lo cierto es que plantea muchas dudas y deja algunos flancos al descubierto:

1) La Exposición de motivos está llena de citas de sentencias del Tribunal Constitucional, lo que suena a “excusatio non petita, etc.”. A pesar de las citas, no sé qué urgente y extrema necesidad ha existido para considerar que era menester modificar a través de un Real Decreto-Ley una norma que lleva vigente desde 1980, según creo haber demostrado en las líneas precedentes.

2) Deja sin resolver el problema de los préstamos hipotecarios concedidos fuera del ámbito empresarial ¿Debe prevalecer el artículo 45.I. B), 15 del TR que, como hemos citado, declara exentos los préstamos, o el nuevo artículo 29, que es una norma posterior?

3) Aunque no sean tan frecuentes como los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de una vivienda, no son los únicos y posiblemente no los más importantes cuantitativamente (si tomamos por separado cada

operación). También se conceden préstamos de este tipo para la financiación de proyectos empresariales ¿Creen de verdad los poderes públicos que la Entidades de crédito no se replantearán las condiciones de las operaciones de financiación de proyectos empresariales, teniendo ahora que asumir un tributo que, en los proyectos más relevantes, pueden llegar a suponer millones de euros?

4) Se deja sin aclarar la situación de aquellos institutos jurídicos que cumplen la misma función que la hipoteca, como la condición resolutoria explícita pactada por el impago en las ventas con pago aplazado.

5) No se ha tenido en cuenta que el ITPYAJD está trufado de exenciones, muchas de ellas referidas precisamente a los préstamos hipotecarios. Estas exenciones son tanto de carácter subjetivo (por ejemplo, están exentas las operaciones de las cooperativas de crédito, de las cajas de ahorro y de las fundaciones bancarias), como de carácter objetivo (hasta ocho he contado en una lectura apresurada del artículo 45 del texto refundido).

6) Se está mencionando de forma crítica las exenciones subjetivas que existen el artículo 45.I.A) del Texto refundido ITP (Administraciones públicas, entidades sin fin lucrativo, Confesiones religiosas, Reales Academias, etc.). Bienvenida sea la crítica, pero esta no puede hacerse ignorando, consciente o inconscientemente, que estas exenciones ya existían en el año 1960, al comienzo, pues, de nuestro *excursus* histórico.

7) No responde a ninguna lógica tributaria que la cuota del IAJD no pueda deducirse como gasto en el Impuesto sobre sociedades ¿Por qué se discrimina este impuesto frente a cualesquiera otros que sí son gasto fiscalmente deducible ¿Qué característica especial tiene este tributo que no lo posean, por ejemplo, el IBI, el IAE, el IVA cuando sus cuotas no son deducibles, etc.? ¿Por qué no es gasto fiscalmente deducible en el Impuesto sobre sociedades, y sí lo es en el IRPF si el prestamista es un empresario individual? No se me alcanza la existencia de contestaciones plausibles a estas y a otras preguntas similares.

## VI. CONCLUSIÓN

Al final de una película dirigida por los hermanos Cohen que se tituló en España “Quemar después de leer” y que trataba, en clave de comedia, el mundo del espionaje, el Director de la CIA pregunta a un alto directivo de la misma agencia ¿Qué hemos aprendido de todo esto? Ambos se quedan en silencio y con ello termina la película en cuestión.

Podemos hacer ahora una pregunta similar ¿Qué hemos aprendido de los episodios tan poco edificantes que se han producido en los últimos días en torno al Impuesto que grava las escrituras públicas en las que se documentan los préstamos hipotecarios?

Para mí la lección fundamental es que resulta muy peligroso, por las consecuencias colaterales que se pueden llegar a producir, modificar una pieza de nuestro sistema tributario sin analizar las consecuencias que pueden

provocarse en otras piezas del mismo sistema y sin tomar las medidas oportunas para que ello no suceda.

No cabe la menor duda de que el Impuesto sobre actos jurídicos documentados debe ser objeto de una profunda revisión. Simplificando la cuestión quizá de modo excesivo, no hay más que dos caminos para ello, sin que ahora tenga elementos de juicio suficientes como para inclinarme por alguno de ellos:

1) Hacerlo desaparecer sin más. Esto es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en Alemania, sin que al parecer hayan sufrido un quebranto irreparable los ingresos tributarios de un país cuyo poder tributario tiene un grado de descentralización similar al nuestro.

2) Mantenerlo como sucede, por ejemplo, en Francia, Italia y Portugal. Además de no mermar las arcas de nuestras CC AA, podría servir para incrementar la seguridad jurídica en el tráfico económico. Ahora bien, si se opta por esta solución (que, en el fondo, no es otra cosa que restaurar el Impuesto sobre el timbre) debe alterarse de forma sustancial su regulación. Así, sin poder entrar en demasiados detalles, debería ampliarse su ámbito material de aplicación, incluyendo todo tipo de actos o negocios que formalicen en documentos privados; deben desaparecer la inmensa mayoría de las exenciones y bonificaciones (por no decir todas); y los tipos de gravamen (proporcionales o graduales, según los casos) debe ser muy moderados. El tipo de gravamen del 0,25 por ciento del *Droit de timbre* que existe en Francia para ciertos actos y negocios jurídicos con cuantía determinada puede ser un ejemplo a seguir.

Noviembre de 2018.