

UNA RESPUESTA AMBIVALENTE AL IMPUESTO SOBRE LAS HIPOTECAS

Por FRANCISCO GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ
Doctor en Derecho
ABOGADO

La polémica suscitada por el Tribunal Supremo a raíz de dilucidar el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados (AJD) que gravan las hipotecas se puede abordar desde dos puntos de vista. Previamente, al ser este un artículo de mera divulgación, el lector ha de quedarse con unos conceptos básicos: A) la garantía (hipoteca) es accesoria del elemento principal (préstamo). B) la hipoteca es un derecho de constitución registral; quiere decirse que pasa a ser hipoteca sólo aquello que, de la escritura que autoriza el Notario, el registrador inscribe. A través de esta inscripción se delimita la cobertura hipotecaria que consiste en determinar la cantidad prestada más los intereses devengados y, en su caso, de demora más las costas de una hipotética ejecución si el préstamo no se restituye como se haya convenido. Por tanto desde este punto de vista el interés que reviste la inscripción es exclusivo del prestamista (banco); C) Pero, además de un derecho, el contrato de constitución de hipoteca es un *negocio de atribución patrimonial*; esto quiere decir que el atribuario (banco) recibe del atribuyente (prestatario) un reforzamiento de su crédito de gran significado patrimonial (poder ejecutar, en caso de impago, una hipoteca sobre vivienda). Por eso el otorgante de la escritura de hipoteca en garantía del un préstamo es el prestatario (no el prestamista).

PRIMER PUNTO DE VISTA: Si esto lo trasladamos al derecho fiscal es claro que el hecho imponible ha de ser la garantía y no el préstamo; prueba de ello es que el impuesto no sólo grava la cantidad prestada sino las cantidades garantizadas por la hipoteca para intereses (ordinario y demora) y costas. Desde este punto de vista el sujeto pasivo del impuesto de AJD ha de ser el que se beneficia de la atribución patrimonial, es decir el banco. En otras palabras: para el impuesto de AJD, lo que antes hemos dicho que era principal (el préstamo) ahora pasa a ser accesorio; y lo que antes era accesorio (hipoteca) ahora pasa a ser principal. Este primer punto de vista encuentra acomodo en un derecho proclive al consumidor que tiene su origen y fundamento en un derecho conmutativo que ordenamiento considera justo.

SEGUNDO PUNTO DE VISTA: Se fundamenta en el concepto tradicional de que el elemento fundamental de la relación jurídica que analizamos es el préstamo; por tanto el que solicita el préstamo, es el llamado a atender todos aquellos gastos que dimanen del mismo inclusive la garantía accesoria (hipoteca). Además un banco solo autoriza un préstamo a aquel cliente con

capacidad de endeudarse, producto de una potencial riqueza. Este es el criterio que ha imperado hasta la fecha imbricado en un derecho mercantilista y que ha sido uso y costumbre.

El Derecho es ciencia pero no exacta; y así hay que interpretarla según el contexto y realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado teniendo como puntos de referencia el espíritu y finalidad de sus normas.

La última decisión del Tribunal Supremo ha provocado la decisión del Gobierno de modificar la norma fiscal. Una opinión con claro criterio revisionista y vocación de pacificar la doctrina sería la exención de este impuesto para aquellas transacciones en las que el préstamo se solicite para adquirir una vivienda habitual y la hipoteca que garantice el préstamo grave la misma. La normativa foral así lo hace...¿porqué no se extiende a territorio común?.