

El impuesto de las hipotecas. Razones de un embrollo y de una jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo¹

The mortgages tax. Reasons for a promotion and a competing jurisprudence of the Supreme Court

José María LAGO MONTERO

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Salamanca

Magistrado adscrito al TSJCL

lago@usal.es

1 Pongo por escrito algunas de las reflexiones ya vertidas en el Seminario *El impuesto de las hipotecas en la jurisdicción contencioso-administrativa*, desarrollado a instancias del Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal el 14 de diciembre de 2018 en nuestra Facultad salmantina, seleccionando y actualizando algunas explicaciones procedentes de «El contrato de constitución de hipoteca inmobiliaria. Aspectos tributarios» en el Tratado *Contratos, tomo IX, contratos de financiación y garantía*, magna obra dirigida por Mariano IZQUIERDO TOSLADA. Cizur MENOR, Thomson REUTERS ARANZADI, 2014.

José María LAGO MONTERO
El impuesto de las hipotecas. Razones de un embrollo
y de una jurisprudencia contradictoria...

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 7, Junio 2019, 23-32
eISSN: 2340-5155
© Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-ND

1. LA SUJECIÓN DE LAS HIPOTECAS A LOS IMPUESTOS INDIRECTOS, AL IAJD MÁS QUE AL IVA Y AL ITPO. ¿CUÁL ES LA CAPACIDAD ECONÓMICA GRAVABLE?

No me va a ser fácil desentrañar en el escaso número de páginas que se me indica el embrollo al que se ha sometido la tributación de los préstamos hipotecarios y concretamente la determinación de quién ha de ser el sujeto pasivo obligado al pago. Como es sabido, la cuestión ha generado una extraordinaria polémica entre los meses de octubre y diciembre pasados en los ámbitos jurisdiccional, político, económico y social, en la que nos hemos visto inmersos buena parte de los ciudadanos de una u otra manera.

Tanto los préstamos como las hipotecas pueden estar gravados en uno de los grandes impuestos indirectos, el IVA o el ITP modalidad transmisiones patrimoniales onerosas –en adelante ITPO– en función de la personalidad del «transmitente» –hipotecante o prestamista–, empresario o no empresario. Lo cierto, sin embargo, es que los préstamos están exentos en ambos tributos desde el 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor del IVA en España, pero no así las hipotecas, ni tampoco los préstamos hipotecarios, negocios mixtos que son tan abundantes en el mercado y causantes de la polémica que comentamos.

El protagonista de la polémica es otro impuesto, el ITPAJD en su modalidad de actos jurídicos documentados –en adelante IAJD– que grava tanto el préstamo como la hipoteca, caminen juntos o separados, cuando se documentan en escritura pública inscribible en el Registro, modalidad que es compatible con el IVA, pero no con el ITPO, lo que genera una importante diferencia de trato, tildada por algunos operadores de agravio comparativo, entre el tráfico mercantil y el tráfico civil². Las operaciones mercantiles, que son la mayoría, quedan sujetas en la generalidad de los casos al IVA y al AJD, doble gravamen que no se da en el tráfico civil para análoga operación, que queda sujeta en la generalidad de los casos sólo a TPO. Y si no quedara sujeta a éste, quedará gravada, si acaso, solo por el AJD³.

2 El tráfico civil se presume de menor entidad económica, razón por la que no tributan los préstamos entre particulares, no sujetos al IVA, sujetos pero exentos de la modalidad TPO y no sujetos a la modalidad AJD siempre que no se documenten ante notario, que no lo necesitan.

3 En adelante, y para no hacer tan farragosa la explicación, cada vez que hablemos de AJD entiéndase que nos estamos refiriendo a la modalidad impositiva del AJD, a la llamada cuota variable o cuota gradual. No ha de olvidarse de que en el AJD coexiste la llamada cuota fija, una suerte de tasa con nombre de impuesto, heredera del viejo timbre creado en su día por el conde-duque de Olivares, que grava el uso del papel oficial por el notario a 0,15 céntimos de euro el folio o 0,30 céntimos de euro el pliego, y que es exigible sin exclusión ninguna, compatible con cualquier otro impuesto, por toda operación que quede documentada en tal papel oficial. Se

La capacidad económica, la riqueza gravable fundamento imprescindible de cualquier tributo por mandato del artículo 31 C.E., es francamente difícil de vislumbrar en ninguno de los 3 impuestos que indican en las operaciones que comentamos. Sin duda, por ello el legislador estatal, y por razones técnicas el comunitario, establecieron la exención de los préstamos en IVA e ITPO hace ya más de 30 años, vista la falta de capacidad económica que demuestra quien se endeuda, que más bien demuestra lo contrario, su carencia de riqueza gravable que le lleva a tener que pedir prestado, y lo entorpecedor de las operaciones financieras que resulta cualquier tributo de este jaez... Sin embargo, esta exención tan fundamentada no alcanza, en criterio del TS, a las hipotecas ni, lo que es más relevante, a los préstamos hipotecarios, en el IAJD.

En el préstamo hipotecario ve la jurisprudencia una manifestación de riqueza que no vemos nítida buena parte de los miopes de la doctrina⁴, ni en el prestatario que se hipoteca ni en el prestamista acreedor hipotecario. Se dice así que el prestatario evidencia una riqueza potencial, esto es, su capacidad de endeudamiento sería sintomática de su capacidad de devolución del capital prestado en el futuro, prestatario que sería titular ya de una riqueza real equivalente al valor del bien que ofrece en garantía. Por su parte, el prestamista se protege y asegura con la hipoteca, obtiene seguridad jurídica con valor económico gracias a la inscribibilidad de su garantía en el registro, que le dota de eficacia ejecutiva para el día de mañana. Los dos, acreedor y deudor, se beneficiarían económicamente del préstamo hipotecario: el prestatario porque lo adquiere en mejores condiciones económicas, más barato gracias a la garantía real; y el prestamista porque lo concierta más seguro, lo que beneficia el tráfico inmobiliario, «participando ambos de la riqueza que se genera a su través» –como gusta de repetir una y otra vez el Tribunal Supremo en sus sentencias–.

No voy a negar que haya algo de riqueza gravable en estas operaciones de mutuo beneficio, pero sí dejo apuntado que se reflexione acerca de quién es el más

liquida e ingresa en la propia notaría, juntamente con el arancel notarial, devengándose ambos simultáneamente y siendo exigibles a la retirada del documento.

4 El mejor estudio sigue siendo el de VILLARÍN LAGOS, Marta. 1997: *La tributación de los documentos notariales en el impuesto sobre actos jurídicos documentados*. Pamplona: Aranzadi. Evidencia la endeble capacidad económica que sustenta el tributo en sus dos modalidades, cuota fija y cuota variable, del gravamen sobre los actos jurídicos documentados (pp. 27, 92, 98, 120, 121), respondiendo la primera más bien al concepto de tasa (pp. 87, 88, 90, 98) y la segunda al de impuesto (pp. 243-245). En su modalidad más onerosa que es la segunda, o bien grava capacidades económicas endebles e incluso ausentes, o grava capacidades económicas ya gravadas por otros tributos, por lo que el tributo necesita una reforma en profundidad o su definitiva supresión (pp. 376-379). A nuestro juicio, es una verdadera y molesta antigualla, «un residuo de un sistema tributario decimonónico», en terminología de Eugenio Simón ACOSTA, referida a los impuestos indirectos sobre el tráfico no empresarial, en su trabajo «La tributación de los préstamos antes y después de la Ley de Presupuestos para 1988». *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, 1989, 200.

beneficiado en ellas, quien adquiere más desde el punto de vista del principio de capacidad económica pues tratándose de impuestos indirectos es la pregunta pertinente para determinar con mayor corrección quién debe de ser el sujeto pasivo obligado al pago.

2. LA CONTROVERTIDA REGLA DE LA TRIBUTACIÓN UNIFICADA DEL PRÉSTAMO Y LA HIPOTECA. ¿PERO QUÉ ES LO PRINCIPAL Y QUÉ ES LO ACCESORIO EN UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO? ¿NO TENDRÍA QUE ESTAR EXENTO?

El sujeto pasivo del IAJD o persona obligada al pago es, según la ley del tributo, la persona a cuyo favor se constituye el derecho, luego con arreglo a este criterio en la constitución de hipotecas lo sería el acreedor hipotecario, criterio que acoge el artículo 29 TRITPAJD. Pero ocurre que la gran mayoría de las hipotecas se constituyen en garantía de un préstamo, en cuyo caso la legislación del impuesto nos dice que se tribute solo por el concepto préstamo, lo que ha convertido durante años, y no sin polémica, en sujeto pasivo obligado al pago al prestatario⁵.

Ocurre que en un préstamo hipotecario, negocio mixto que refunde dos operaciones, los posibles adquirentes de derechos llamados a ser sujetos pasivos son dos, el adquirente del préstamo y el adquirente de la hipoteca. Uno adquiere el capital prestado, el otro adquiere la seguridad jurídica en forma de garantía real. Como la jurisprudencia ha seguido a pies juntillas la regla de la tributación unificada por el concepto préstamo, y la hemos aplicado todos como doctrinos, hemos tenido que tomar por sujeto pasivo de los préstamos hipotecarios, tanto en el IVA como en el ITPAJD, al prestatario, adquirente del derecho en el negocio jurídico principal del que la hipoteca es un negocio jurídico accesorio, según Derecho Civil⁶.

5 Cfr. artículo 15.1 TRITPAJD y artículo 25.1 del Reglamento del ITPAJD aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo: «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», añadiendo el reglamento «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», añadido que comentaremos más adelante. Con base en estos preceptos buena parte de las hipotecas, que aseguran préstamos, no tributan en TPO. Si acompañan al préstamo civil o están previstas en él, tributan solo por el concepto préstamo, que está exento de la modalidad TPO, ex artículo 45.IB15 TRITPAJD. Además, todas las mercantiles por ser concedidas por entidades financieras tampoco se sujetan a TPO, sino a IVA, en el que están exentas ex artículo 20.1.18 de la Ley del IVA.

6 El legislador podría haber seleccionado como sujeto pasivo al acreedor hipotecario, a la vista de la mayor importancia económica de este, en la generalidad de los casos, y de que la hipoteca y su tráfico adquiere tal entidad en la vida moderna que el negocio jurídico accesorio

Así las cosas, como la gran mayoría de los préstamos que conocemos son mercantiles puesto que son concedidos por entidades financieras, están sujetos y exentos en el IVA. Y cuando van asegurados por garantía hipotecaria, están sujetos a AJD siendo obligado al pago el prestatario deudor hipotecado, como se ha cuidado de recordar el polémico artículo 68.2 del Reglamento del ITPAJD⁷... hasta que ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por la primera de las 3 STS de 16 de octubre de 2018, determinantes del terremoto judicial del año.

Tres sentencias de la sección 2.^a, que tiene por encomendados los tributos, dentro del reparto de cuestiones de la Sala 3.^a del TS, de 16 de octubre de 2018 –números 1.505, 1.523 y 1.531– han determinado que el sujeto pasivo tiene que ser el acreedor hipotecario con base en varias razones, a cual mejor fundamentada en mi opinión. La primera, que la añeja regla de la tributación unificada del préstamo se estableció para ser aplicada en la modalidad TPO y no en la modalidad AJD –de hecho, forma parte del título I y no del título III, en el que no figura la mentada y sacralizada regla–. Además, entiendo yo que, aplicada en toda su potencialidad, llevaría a declarar la exención de todos los préstamos hipotecarios en las dos modalidades, pues todos los préstamos están exentos en TPO, exención que el TS ni admite ni unifica para los préstamos hipotecarios sujetos al IAJD. Luego no se trata de una regla unificadora imperativa y determinante de tratamientos uniformes en todo caso, sino de una regla modulable a criterio jurisprudencial. La segunda razón para no sacralizar ni sacar de su contexto –del título I del TR referido al ITPO, que no es el título III referido al IAJD– la regla de la tributación unificada del préstamo y la hipoteca es que se trata de un regla de Derecho Civil importada al Derecho Tributario a la que este no tiene por qué plegarse. Que un negocio sea principal y otro accesorio conforme a patrones de Derecho Civil no quiere

ha terminado asumiendo en la práctica el papel protagonista. Pero la escogida ha sido una opción de política legislativa que cabe en la Constitución según los Autos del TC 24/2005, de 28 de enero y 223/2005, de 24 de mayo, que inadmitieron las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas al respecto.

7 Este tributo «verdadero cajón de sastre en el que subsisten los restos de tributos de gran importancia recaudatoria y jurídica en el pasado». MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G. 2018: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid: Tecnos, 810, sigue siendo en el presente extremadamente desagradable, por oneroso, y difícil de soportar en ocasiones tan trascendentes de la vida como la compra de la vivienda. El esfuerzo que supone reunir el capital necesario para pagar la entrada a la vivienda y formalizar el préstamo por el habitualmente abundante resto del capital lo recompensa el legislador añadiendo un 1 o 1,5% más al coste de la operación, en concepto de IAJD a un contribuyente que está ya exhausto por el esfuerzo patrimonial y fiscal realizado por el juego simultáneo de comisiones bancarias, gastos de gestión, aranceles notariales y registrales, IVA o ITP por la compra... un auténtico bombardeo de impuestos, tasas y precios, públicos y privados, que merece reflexionar un poco sobre si se está favoreciendo así el acceso a la vivienda, derecho que se debería de proteger, o al menos no entorpecer...

decir que lo sean igualmente conforme a patrones de Derecho Tributario. En Derecho Tributario hay que atender a la riqueza que emerge y que se grava, que es el patrón a considerar para aplicar un impuesto, el de la capacidad económica presente, lo que nos lleva derechamente a considerar, a la sección 2.^a de la Sala 3.^a y a nosotros también, que en el préstamo hipotecario el negocio principal a efectos tributarios es la hipoteca y no el préstamo⁸. La hipoteca ha desplazado al préstamo en importancia económica, pero también en relevancia jurídica. Porque lo que determina la sujeción al IAJD es la inscribibilidad del documento y lo que se inscribe es la hipoteca, no el préstamo, que no es derecho real inscribible. Así las cosas, en el IAJD lo que se grava no es un préstamo sino una hipoteca, siendo las características jurídicas y económicas predominantes de esta las determinantes del gravamen. Recordemos que el Derecho Tributario tiene autonomía calificadora y no tiene por qué plegarse en todo a las calificaciones jurídico-civiles, de las que puede apartarse cuando el nuclear principio de capacidad económica así lo impone.

Si en el negocio préstamo hipotecario lo más relevante fiscalmente es la hipoteca y no el préstamo, es lógico que el sujeto pasivo haya de ser el acreedor hipotecario y no el prestatario, pues es aquel el adquirente más notable de la operación, el beneficiario mayor de la hipoteca que acompaña al préstamo y, con ella, de la mayor capacidad económica en circulación, y así lo determinaron, acertadamente en mi opinión, las 3 SSTs polémicas de 16 de octubre de 2018⁹.

Polémica que nos habríamos ahorrado si el TS hubiera aceptado desde un principio que la operación está exenta no solo en ITP y en IVA, sino también en IAJD. Pese a la abierta oposición de la mayoría de la doctrina, el Tribunal Supremo ha resuelto hasta la fecha que las exenciones a los préstamos no alcanzan al AJD, gravamen documental por el que deben tributar efectivamente, sin que ello haya conseguido acabar con las

8 Sí hay que fijarse en la base imponible, como lo hace la sección 2.^a –tributaria– de la Sala 3.^a para comprender adecuadamente la naturaleza de un tributo y aplicarlo debidamente, base que no es el capital prestado sino una muy superior, el importe de la responsabilidad hipotecaria determinada por el total capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otro concepto análogo, según se cuida de advertir el artículo 10.2.c TRITPAJD y recuerda la jurisprudencia de la sección 2.^a, tributaria, que ha quedado en minoría tras el vuelco del Pleno de la Sala 3.^a, que incomprensiblemente no presta atención a la base imponible, como si fuera un elemento prescindible del tributo y no esencial del mismo.

9 Aplaudidas por Ramón FALCÓN Y TELLA con criterios que compartimos plenamente en «Cambio de criterio sobre el sujeto pasivo de AJD en los préstamos hipotecarios: la S.T.S. 1505/2018, de 16 de octubre». Editorial de *Quincena Fiscal*, 2018, n.º 20. No tiene duda de que la banca repercutirá el coste del impuesto sobre los solicitantes de hipotecas, vía comisiones o mayores intereses.

razonadas discrepancias en la doctrina¹⁰. Entienden con razón la mayoría de los autores que la redacción del precepto regulador de la exención (apartado 15 del artículo 45.IB TRITP-1993, al igual que su homólogo en el artículo 48 TRITPAJD-1980) permite interpretar la voluntad legislativa de exentar las operaciones de préstamo hipotecario en toda su dimensión, también en su formalización notarial. El TS se ha dejado llevar de un literalismo restrictivo del verdadero alcance de la exención. Si se quería dejar sin gravar el préstamo hipotecario, como es evidente, ha de serlo también que su formalización en escritura pública no quede efectivamente sujeta, pues de esta manera se subvierte la finalidad de la norma exoneradora, y se hace tributar al préstamo, negocio que se dice principal, exento, por el gravamen de su negocio que se dice accesorio, la hipoteca, que no parece que fuera lo querido por el legislador¹¹.

3. LA RESERVA DE LEY POCO RESPETADA EN LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO PASIVO, EL ADQUIRENTE MÁS RELEVANTE DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO-TRIBUTARIO. Y DE CÓMO EL GOBIERNO CREE QUE HA SOLUCIONADO EL PROBLEMA Y DE CÓMO LO ESTÁN «SOLUCIONANDO» LAS CC. AA. Y LOS BANCOS

La polémica se hubiera obviado si el legislador, respetando adecuadamente las exigencias del principio de reserva de ley, hubiera determinado claramente quién es el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios. No puede despachar la cuestión el art. 29 TRITPAJD diciendo que lo es el *adquirente* cuando resulta que *adquirentes* hay dos, el que «adquiere» el préstamo y el que «adquiere» la hipoteca. Tamaña inconcreción ha generado litigiosidad abundante haciendo la cuestión no ya polémica, sino

10 Amplia explicación de la polémica suscitada en su día en VILLARÍN LAGOS, M.: *La tributación de los documentos notariales*, cit., 311-327. Pero como muestra CALVO VÉRGEZ, J. 2010: *La tributación de las operaciones inmobiliarias en la cuota gradual del impuesto sobre actos jurídicos documentados*. Madrid: Civitas Thomson Reuters, 102-110, aún no está apagada. El T.S. cree además que tal tributación del préstamo hipotecario no vulnera las Directivas comunitarias del IVA. Para MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J. 1994: *Nueva fiscalidad de los actos jurídicos documentados*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 116, «las garantías, aun cuando son accesorias de los préstamos, no se benefician de la exención a ellos concedida, sino que disfrutan de un beneficio fiscal propio y privativo».

11 Así VILLARÍN LAGOS, M. en la obra MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L.; VILLARÍN LAGOS, M. y DE PABLO VARONA, C. 2004: *Comentarios al texto refundido del ITPOSAJD*. Madrid: Civitas Thomson Reuters, 709-710. En la misma posición OLIVER CUELLO, R. 1995: *La tributación de las escrituras públicas de préstamos hipotecarios*. Madrid: Tecnos, 57.

tormentosa¹². El reglamento no es quién para cubrir lagunas en materias reservadas a la ley. Sorprende que haya estado vigente su extralimitación tanto tiempo. Pero también es cierto que el reglamento no venía diciendo nada distinto de lo que venía diciendo la jurisprudencia mayoritaria de la Sala 3.^a. Estimando mejor fundada la posición de la sección segunda especializada en tributos de la Sala 3.^a, comprendo también, porque está fundada, la posición tradicional y mayoritaria de la misma, que se ha venido a imponer a partir de la STS de 27 de noviembre de 2018, dictada por el Pleno tras unas semanas de desconcierto que mejor que no vuelvan a repetirse. Línea tradicional apegada al Derecho Civil y a la concepción del préstamo hipotecario como negocio mixto en el que el principal es el préstamo y el accesorio la hipoteca. Línea tradicional sacralizadora de la añeja regla de la tributación unificada, también para el IAJD, y no solo para el ITPO. Línea tradicional que no aprecia la autonomía calificadora del Derecho Tributario ni la fuerza que en el mismo tiene como canon interpretativo, cuando hay problemas y oscuridades, el principio de capacidad económica, mayor que la del Derecho Civil¹³.

Después de la tempestad viene la calma... ¿o no? Algunos creen que no porque la cuestión va a desembocar, antes o después, en el TJUE. Personalmente creo que este Tribunal Europeo no va a entrometerse en este asunto, pues tiene dicho ya que los derechos de registro –como se conoce en el mundo comunitario en los gravámenes al modo IAJD– son compatibles con el IVA pues no son impuestos sobre el volumen de negocios ni obligan a ajustes en frontera. Perturbar sí que perturban la libre circulación de capitales, pero no tanto como para que el TJUE los declare contrarios

12 Desafortunado proceder el de la Sala 3.^a, no avocando a Pleno el conocimiento del asunto desde un principio, y no cuando estaba ya resuelto por la sección 2.^a, a la que se ha desautorizado cuando ya había fijado jurisprudencia en 3 sentencias, desprestigiándose el TS y toda la Administración de Justicia, y sirviendo en bandeja a demagogos de toda clase y condición sus críticas tan aceradas como infundadas: las 2 líneas jurisprudenciales están fundadas y bien fundadas. No hay ni un ápice de frivolidad ni de activismo judicial ni de servilismo a los poderes financieros en ninguna de ellas. Pero hay que evitar que se produzcan cambios de criterio desconcertantes y reversibles a las pocas semanas, pues ello no beneficia nada a la seguridad jurídica ni a la económica, por cierto, no tan dañada como pronosticaron algunos agoreros: a los pocos días y semanas el ritmo de contratación de hipotecas se había regularizado, pese al decretazo final al que se ha llegado.

13 Como explicara CALVO ORTEGA, R. 2012: *Curso de Derecho Financiero*. Madrid: Civitas, 523, en un negocio jurídico bilateral, instado por ambas partes, no es fácil escoger cuál de las dos ha de ser el sujeto pasivo, y menos en un gravamen tan anticuado y difícil de sostener desde la perspectiva del Derecho Comunitario y del Derecho Constitucional como es el IAJD. Estamos de acuerdo en que se grava una capacidad económica endeble entorpeciendo la libre circulación de capitales, como ya denunciara en su día NEUMARK, Fritz. 1973: *Principios de la Imposición*. Madrid: IEF. Pero mientras no sea expulsado del Ordenamiento por el legislador, por el Tribunal Constitucional o por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hemos de seguir aplicándolo y padeciéndolo.

a Derecho Comunitario, en mi opinión. Algunas frases vertidas en el voto particular del magistrado BERBEROF a las Sentencias de 16 de octubre de 2018 pueden alentar esperanzas en sentido contrario y algunas demandas posteriores se acogerán a ellas, probablemente¹⁴.

Tampoco del Tribunal Constitucional podemos esperar nada, creo yo, una vez que se quitó del medio en su día el conocimiento del asunto con 2 breves autos que confieren al legislador capacidad definidora del tributo y de sus sujetos pasivos. Algo de capacidad económica en movimiento hay, no nos engañemos, y algo de beneficio para ambos intervinientes también. Y con eso le vale al TC para sostener la legitimidad de tributos como este y de otros mucho peor fundados...¹⁵.

Del Gobierno sí que nos esperábamos cualquier cosa, visto lo atento que estaba a la polémica según iba transcurriendo esta, y su reacción no se hizo esperar. Conocido el Acuerdo del Pleno de la Sala 3.^a de 6 de noviembre de 2018 avocando a Pleno el conocimiento de sucesivos asuntos sobre esta cuestión para fijar que el sujeto pasivo volviera a ser el prestatario, y sin esperar a que se produjera la primera sentencia que así lo restableciera, que es del día 26 posterior, publica en el *BOE* el Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se enmienda la plana al Pleno de la Sala 3.^a, y se restablece como sujeto pasivo al acreedor hipotecario, imponiendo el criterio de la sección segunda –tributaria– de la Sala 3.^a, y ahogando el criterio del Pleno de esta. El decretazo, pues no se le puede llamar de otra manera, se fundamenta en poner fin de manera inmediata a la incertidumbre jurídica creada, que ya hemos dicho que no era tanta: en pocas semanas se restableció el ritmo de contratación de hipotecas, pocos días paralizado. No se daban, a mi entender, las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que habilitan a usar el decreto-ley, que se usa una vez más demagógica y precipitadamente. Ni había una situación de excepcionalidad ni de gravedad ni de relevancia e impresivilidad inusitadas. El IAJD es un tributo de 2.^o división en el sistema tributario, o de 3.^a, cuyas polémicas aplicativas no hacen temblar los cimientos del Estado de derecho ni los del sistema financiero/bancario. Cierto es que afecta a 9 millones de sujetos hipotecados vivos que ya lo han pagado, y a 500.000 más que

14 En los países de nuestro entorno se bate en retirada: del 0,25% al 2% en Italia; 0,60% en Portugal; del 0,5% al 1% en Luxemburgo; 0,05% en Francia; 1,2% en Austria; 0% en Alemania, Inglaterra, Holanda y Grecia. En España las CC. AA. vienen aprobando más y más tipos reducidos para cuando se adquiere vivienda por familias numerosas, discapacitados, jóvenes, en el mundo rural o vivienda protegida. Y cuándo proliferan tantos tipos reducidos me pregunto yo si no será que lo que sobra es el tipo general... Recauda a duras penas en torno a un 1% del presupuesto autonómico –100 millones de 10.000 en Castilla y León para 2018–.

15 *Cfr.* Autos 24/2005, de 18 de enero, y 223/2005, de 24 de mayo. No olvidemos que la tormenta vino en gran medida provocada por la Sala 1.^a del TS, que en Sentencia de 23 de diciembre de 2015 dijo que el principal beneficiario en los préstamos hipotecarios era el acreedor, debiendo ser naturalmente obligado al pago. Como que lo es. Después dio marcha atrás al percatarse de que había reabierto la caja de los truenos, en 2 sentencias de 15 de marzo de 2018.

se incorporan al club todos los años. Pero no nos engañemos, no es una pieza clave del sistema tributario. Se puede retocar por Decreto-Ley si hay una urgencia, ¡pero es que no la había!

Tampoco es cierto que, como dice la exposición de motivos, se excepcione ahora la regla general del artículo 29 TRITPAJD, porque este precepto adolecía de la necesaria concreción y no nos permitía saber a ciencia cierta quién era el sujeto pasivo. Lo que hace el Decreto-Ley es concretarlo, no excepcionar nada. Por otra parte, mantiene las exenciones subjetivas, siendo así que ahora beneficiarán a personas que no son sujetos pasivos... Se nota el temor a que los bancos repercutan de una manera o de otra el impuesto en los prestatarios¹⁶. Para paliar estas maniobras, las CC. AA. se han lanzado a aprobar normativa propia eliminando los beneficios fiscales autonómicos que habían establecido a favor de prestatarios sujetos pasivos, visto que ahora no van a serlo, no vaya a ser que los beneficiarios efectivos terminen siendo los bancos... Porque para la Banca, tan vituperada y temida en esos días y en los posteriores, el IAJD es un coste más del que tendrá que resarcirse en algún momento y de alguna manera, como todo empresario se ha de resarcir de cualquiera de sus costes, para lograr el beneficio¹⁷.

Chocante, por último, resulta que se establezca en el RD Ley citado la no deducibilidad como gasto en el IS de este impuesto para los bancos, previsión poco compatible, tampoco, con el principio de capacidad económica. En lugar de aprobar precipitados decretos-leyes, era el momento de proceder a una reforma sosegada del tributo, o a su supresión¹⁸, al menos para los préstamos hipotecarios que se conciertan para adquirir vivienda habitual.

16 Como bien aprecia FALCÓN y TELLA, Ramón. 2018: «De nuevo sobre el sujeto pasivo de AJD en los préstamos hipotecarios: la S.T.S. de 6 de noviembre de 2018 y el R.D. Ley 17/2018, de 8 de noviembre». Editorial de *Quincena Fiscal*, 2018, n.º 22, «quizá lo que se teme es que las entidades financieras acaben trasladando económicamente la carga del impuesto a sus clientes y se pretende evitar esta consecuencia a las entidades que gozan de exención subjetiva. Pero no deja de resultar difícil de explicar que una exención subjetiva se haya extendido a los préstamos hipotecarios por el mero hecho de que el prestamista, que ya no es sujeto pasivo, los haya contratado».

17 El penúltimo episodio de esta serie de despropósitos lo aporta la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, al introducir en la Disposición Final segunda una modificación del TRITPAJD que añade un párrafo final a su artículo 45 impidiendo que se apliquen beneficios fiscales al sujeto pasivo prestamista acreedor hipotecario. O sea que va a ser contribuyente legal efectivo. Otra cosa es que lo sea de facto...

18 Cfr. FALCÓN y TELLA: *ob. y loc. cit.*, que lo ve suprimible para todas las operaciones financieras sujetas a IVA, ámbito en el que surgió el problema precisamente como consecuencia de la exención de estos préstamos en el IVA.