

## **DR 20 74**

Carrera, Derecho, Asignatura, Derecho Financiero y Tributario. Título, Las operaciones bancarias de préstamo o crédito formalizadas en escritura notarial y el impuesto sobre actos jurídicos documentados. Autor, Carlos Palau Taboada.

Fecha de grabación, 27 de abril de 1984. Fecha de emisión, 16 de mayo de 1984. Estimados alumnos, buenas noches.

Vamos a dedicar la charla de hoy, última de las de este curso, a una cuestión de notable interés teórico y práctico. Se trata de la tributación en el impuesto sobre actos jurídicos documentados de las operaciones de préstamo o crédito realizadas por bancos o entidades financieras y formalizadas en escritura notarial. Este problema ha dado lugar a comentarios doctrinales encontrados, como los publicados en los números 43, 44 y 45 de la revista Crónica Tributaria, entre los que mencionamos los de los señores Maraber Sánchez y Otero Novas, y los dictámenes de los profesores Ferreiro Lapazza y Tejerizo López.

Lamentablemente, estos últimos no publicados íntegramente, además de las notas editoriales redactadas por el director de la revista citada y del Instituto de Estudios Fiscales, profesor César Albiñana. Hay que recordar, en primer término, que las operaciones bancarias de préstamo están sujetas, como habituales y típicas, al impuesto sobre el tráfico de las empresas. La tributación de dichas operaciones en este impuesto fue objeto de modificación por la Ley de Régimen Transitorio de la Imposición Indirecta de 25 de septiembre de 1979, número 6 de ese año.

Con anterioridad a ella, las operaciones de préstamo y crédito no intervenidas por fedatarios mercantiles, es decir, agentes de cambio y bolsa o corredores de comercio, estaban sujetas a un impuesto más elevado, lo cual hacía que en la práctica no se formalizasen nunca en escritura pública. La citada Ley de Régimen Transitorio de la Imposición Indirecta ha suprimido esta discriminación, por lo que en la actualidad resulta indiferente a efectos del ITE la forma de documentar la operación. El problema consiste en saber si, además del ITE, las mencionadas operaciones están sujetas al impuesto sobre actos jurídicos documentados que grava los documentos notariales.

Este impuesto reviste, como se recordará, dos modalidades. De una parte, el grabamen sobre los documentos en sentido estricto, con independencia del acto en el contenido. Esta modalidad es la prevista en el apartado 1 del artículo 31 del texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo de 30 de diciembre de 1980, número 3050.

Según dicho precepto, cito textualmente, las matrices y las copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios, se extenderán en todo caso en papel timbrado de 10 pesetas por pliego o 5 pesetas por folio a elección del ceratario. Es obvio, por tanto, que toda

escritura notarial está sujeta a esta modalidad impositiva, cualquiera que sea su contenido. De otra parte, segunda modalidad del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados respecto de los documentos notariales, esta modalidad está constituida por un gravamen sobre ciertos actos jurídicos regulado en el apartado 2 del mismo artículo, que es la norma decisiva para la cuestión que estamos examinando.

Según este precepto, y cito de modo literal, las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los registros de la propiedad mercantil y de la propiedad industrial, y no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo primero de esta ley, tributarán además, es decir, adicionalmente respecto al impuesto sobre documentos que acabamos de examinar, al tipo del 0,50% en cuanto a tales actos y contratos. Esta modalidad o concepto impositivo, de muy notable importancia, procede de la Ley de Reforma Tributaria de 1964, que le adjudicaba la función de norma de cierre del sistema de imposición sobre los actos del tráfico jurídico. En efecto, en el sistema tributario surgido de la indicada reforma, y aún subsistente en sus líneas fundamentales, la imposición sobre el tráfico jurídico se distribuye entre los dos grandes impuestos indirectos, el de transmisiones patrimoniales, que grava los actos del tráfico civil, y el de tráfico de las empresas, que recae sobre los actos del tráfico mercantil, es decir, sobre los actos realizados en masa.

La función de la modalidad del impuesto sobre actos jurídicos documentados que estudiamos, era pues, claramente, la de someter a un impuesto sustitutorio a los actos jurídicos que no resultasen incididos por estos dos grandes impuestos. Por ello, su aplicación era incompatible con la sujeción del acto en cuestión, tanto al impuesto sobre transmisiones y al de sucesiones, como al de tráfico de empresas. Este requisito negativo, la no sujeción a estos impuestos, era, junto con el de que el acto tuviese por objeto cantidad o cosa valuable, el único exigido por la legislación anterior para la aplicación de este gravamen.

La situación ha cambiado tras la reforma del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, llevada a cabo por la Ley de 21 de Junio de 1980, número 30, en la que se basa el texto refundido vigente, que antes hemos citado. Como hemos visto, el apartado segundo del artículo 31 de este texto introduce dos modificaciones fundamentales respecto de la normativa anterior. Primera, suprime la incompatibilidad con el Impuesto de Tráfico de Empresas, estableciéndola únicamente con el Impuesto sobre Sucesiones y con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales en sus dos modalidades de transmisiones onerosas intervivos y operaciones societarias.

Segunda modificación, exige que el acto sea inscribible en el registro de la propiedad, en el mercantil o en el de la propiedad industrial. Ahora bien, el precepto anterior a estas reformas se justificaba, como hemos señalado, como una norma de cierre. Pues bien, ¿cuál es la justificación del precepto vigente y, en concreto, cómo se explica la actual compatibilidad entre el Impuesto sobre el Tráfico de Empresas y esta modalidad del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados? Tal explicación se ha buscado por la doctrina evocando la figura de origen

francés de los derechos de registro, los droits d'enregistrement, tributo a caballo entre los impuestos y las tasas y antecedente de los modernos impuestos sobre el tráfico jurídico, como el de transmisiones patrimoniales.

Así, por ejemplo, Martínez Lafuente observa que el requisito de la registrabilidad del acto se ha establecido, sin duda, dice, por querer entroncar con una especie de derechos de registro. Sin embargo, como señala acertadamente Maraber Sánchez, para que se tratase de un verdadero impuesto de registro sería necesario que su devengo se produjese por el hecho mismo de la inscripción, mientras que el impuesto vigente se exige por la celebración del acto notarialmente documentado, si bien con la condición de que dicho acto sea inscribible en uno de los registros mencionados. Este mismo autor aduce como crítica a esta configuración del impuesto las siguientes observaciones.

La duplicidad de gravamen con el ITE. La irrelevancia respecto de la capacidad contributiva del hecho de la inscribibilidad en un registro público. La limitación de esta exigencia respecto de los tres registros citados, omitiéndose otros de igual importancia jurídica y económica, como el de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento o el de venta de bienes muebles a plazos.

La inseguridad jurídica que puede producir la aplicación de este requisito. Aplicando ahora el precepto que hasta aquí hemos comentado a los préstamos y créditos bancarios celebrados en escritura pública, resulta que estas operaciones cumplen los siguientes requisitos establecidos en dicho precepto. Se trata de escrituras públicas, su objeto directo es una cantidad, no están sujetas ni al impuesto de sucesiones ni al de transmisiones patrimoniales, y sí al ITE, con el que el concepto impositivo que nos ocupa es, como sabemos, compatible.

Y en consecuencia, la aplicación de esta modalidad del impuesto sobre actos jurídicos documentados a las referidas operaciones depende de que se estime o no que cumplen el último de los requisitos de este precepto. Ser inscribible en el registro público que a estos efectos entra en consideración, que es el mercantil. Obsérvese que si se tratase de préstamos hipotecarios, su sujeción a este gravamen no ofrecería duda alguna, ya que la hipoteca requiere constitutivamente, como es sabido, la inscripción registral.

Y, por otro lado, al tratarse en el caso de los bancarios de operaciones habituales y típicas de estas empresas, no están sujetas al impuesto sobre transmisiones. El problema se plantea, pues, únicamente respecto de los préstamos simples o con garantías no inmobiliarias. El punto central del debate, en torno al cual se dividen las posturas, radica, pues, en determinar si tales préstamos son o no inscribibles en el registro mercantil.

Ciertamente, ni el Código de Comercio ni el Reglamento del Registro Mercantil, de 14 de diciembre de 1956, incluyen expresamente los préstamos o la apertura de crédito entre los actos inscribibles, en la hoja abierta a cada comerciante. No obstante, la doctrina mercantilista más autorizada entiende que la relación legal de tales actos no tiene carácter taxativo, sino que pueden inscribirse otros actos de giro o tráfico del establecimiento distintos de los específicamente enumerados. Ahora bien, estos autores sostienen, de acuerdo con la doctrina

jurisprudencial, que respecto de estos actos de inscripción voluntaria, esta, la inscripción, no produce los efectos de publicidad material propios del registro, es decir, el perjuicio de terceros desde la fecha de la inscripción, efectos regulados, como es sabido en el artículo 26 del Código de Comercio.

De hecho, han tenido acceso al registro mercantil, como actos de inscripción no obligatoria, préstamos y créditos en escritura pública concedidos al comerciante. Desde el punto de vista del problema tributario que estamos examinando, para algunos autores esta posibilidad de inscripción es suficiente para cumplir el requisito exigido por el artículo 31.2 del texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, siendo indiferentes, desde la perspectiva fiscal, los efectos de dicha inscripción, que serían una cuestión puramente jurídico-privada. Esta es, por ejemplo, la opinión de Maraber y Ferreiro.

En cambio, para otros autores, entre los que se cuentan Otero Novas y Tejerizo López, un acto cuya inscripción no produce los efectos materiales propios del registro mercantil no es inscribible a efectos de los preceptos fiscales estudiados. Es muy interesante, a este respecto, una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 11 de mayo de 1982, que niega el carácter de inscribible en el registro mercantil de las escrituras notariales de crédito bancario, confirmando el acto del registrador que negó el acceso físico al registro de una de estas escrituras. El notario de Madrid, señor Blanquer Uberos, citado por el profesor Albiñana, señala que si llegase a prosperar la tesis de la inscribibilidad y, en consecuencia, la sujeción al impuesto sobre actos jurídicos documentados de los préstamos a que nos hemos venido recibiendo, lo que sucedería es que no se otorgarían estas escrituras y, en consecuencia, en nada se beneficiaría al Tesoro, con daño para el tráfico que perdería la opción de documentación entre escritura notarial y póliza intervenida por agente mediador mercantil.

Al margen del planteamiento anterior, Otero Novas sostiene, en refuerzo de su tesis de no sujeción al gravamen estudiado, que los préstamos bancarios en escritura notarial incumplen, además, el requisito de no estar sujetos al impuesto sobre transmisiones patrimoniales en sus modalidades de transmisiones intervivos y operaciones societarias. En efecto, según este autor, la constitución de todo préstamo está genéricamente, dice, sujeta al impuesto de transmisiones, si bien los préstamos bancarios no lo están específicamente, al ser operaciones habituales del tráfico de las empresas y estar, en consecuencia, grabadas por el impuesto correspondiente. Este argumento no tiene, sin embargo, mucha fuerza, pues la distinción entre sujeción genérica y específica no es, en realidad, sostenible.

Los préstamos bancarios no están sujetos al impuesto sobre transmisiones patrimoniales, sin más, no están sujetos, ya que el hecho imponible de este impuesto hay que deducirlo de todas las normas que entran en juego. Es decir, el apartado primero del artículo séptimo del texto refundido, que declara sujeta la constitución de préstamos, no se puede aislar del apartado 5 del mismo artículo, que declara no sujetas las operaciones habituales del tráfico de las empresas. Estos son, pues, resumidamente expuestos los argumentos en favor de una y otra

tesis.

La última palabra la tienen, en definitiva, los tribunales. Ponemos así punto final a la charla de hoy, no sin antes desearles a todos ustedes éxito en los exámenes que quedan por realizar y me despido de ustedes con un cordial saludo.