

ARTÍCULO PUBLICADO EN LA PÁGINA WEB  
notariosyregistradores.com en el año 2008.

## **INTERPRETACIÓN DE LAS NOVEDADES ARANCELARIAS Y FISCALES ESTABLECIDAS POR LA LEY 41/2007**

### **I) Introducción.**

La ley 41/2007 contiene diversas normas de indudable interés notarial y registral; dejando a un lado, por el momento, cuestiones sustantivas de enorme trascendencia (subrogación de créditos, recarga del préstamo hipotecario, hipoteca inversa, prenda de créditos, etc) nos interesan de forma inmediata y acuciante los temas arancelarios, en especial en lo que atañe a los Notarios.

En principio las referencias arancelarias en la ley son, a mi juicio, las siguientes:

1) La exposición de motivos, cuyo apartado VI dice:

*“En el Capítulo V se realizan las actuaciones relativas al cálculo de los costes arancelarios relativos a los préstamos o créditos hipotecarios. Todo ello con el objetivo general de reducir y fomentar la transparencia de los costes de transacción de las operaciones del mercado hipotecario. Teniendo en cuenta la regulación establecida por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, relativa a los costes arancelarios de las escrituras de novación modificativa y de subrogación de los préstamos hipotecarios, se debe seguir profundizando en la transparencia y reducción de los citados aranceles, así como extender dichas bonificaciones al caso de las cancelaciones que no tienen como finalidad la subrogación y a los créditos hipotecarios. Para ello se establece la determinación de los aranceles notariales tomando como base los derechos previstos para los “Documentos sin cuantía” y la determinación de los aranceles notariales tomando como base los derechos establecidos para las “Inscripciones” con la reducción máxima establecida por la Ley 36/2003 de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, del 90 por ciento para todo tipo de operaciones.”*

A su vez esta finalidad se encuadra dentro de los objetivos generales de la ley expresados en el apartado I de dicha exposición de motivos en el que destacamos el párrafo final, a cuyo tenor:

*“Las líneas de acción en que puede estructurarse la presente Ley referida al mercado hipotecario son, fundamentalmente, la eliminación de los obstáculos a la oferta de nuevos productos, la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos y la mejora de los instrumentos de financiación”.*

2) El artº 10 de la Ley ubicado en el citado Capítulo V que da nueva redacción al artº 8 de la ley 2/1994, a cuyo tenor:

*“Artículo 8. Honorarios notariales y registrales en la subrogación, novación modificativa y cancelación de créditos o préstamos hipotecarios.*

*Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de subrogación, novación modificativa y cancelación, de los créditos o préstamos hipotecarios, se aplicarán los aranceles correspondientes a los “Documentos sin cuantía” previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios.*

*Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de subrogación, novación modificativa y cancelación, de los créditos o préstamos hipotecarios, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2 “Inscripciones”, del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento”*

- los apartados 8,9 y 10 de la disposición adicional 1ª sobre hipoteca inversa, según los cuales:

*“8. Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los “Documentos sin cuantía” previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios.*

*9. Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2 “Inscripciones”, del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento.*

*10. Podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición.”*

A las anteriores disposiciones podríamos añadir el artículo 13 de la ley 41/2007 en cuanto da nueva redacción al artº 4.2 de la ley 2/1994, el cual, al ampliar el concepto de novación modificativa, contribuye, de forma indirecta, al abaratamiento de los costes de transacción.

La falta de claridad de la ley ha dado lugar a que en esta materia se formulen diversas interpretaciones; las dudas se acrecientan si atendemos al hecho de que no se ha realizado una modificación directa de los Reales Decretos 1426 y 1427 del año 1989 que regulan el arancel notarial y

registral sino que se ha limitado a introducir disposiciones específicas en una ley determinada (la ley 41/2007) que regula diversos aspectos (ley “ómnibus” se ha calificado por algunos) y, en algún caso –artº 10-, la regulación arancelaria se incardina en la ley 2/1994 sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios. Ante este panorama creo que debemos analizar las disposiciones citadas para ver qué se ha propuesto el legislador según lo que se deduce de lo escrito y no de lo que podía ser un “supuesto propósito inicial”, aunque fuese tal el que se transmitió a la sociedad durante la fase de elaboración de la ley. Por tanto, si el legislador no ha modificado el arancel notarial y registral directamente es que no todo tipo de operaciones están sujetas a las normas arancelarias especiales. Seguidamente trataremos de desentrañar a qué supuestos se refiere la ley; para ello seguiremos el orden apuntado, es decir, comenzaremos por la exposición de motivos, continuaremos por el nuevo artículo 8 de la ley 2/1994 y terminaremos con la hipoteca inversa. Veamos todo ello.

## **II) Exposición de Motivos de la ley 41/2007.**

De la exposición de motivos podemos extraer diversas conclusiones tal y como veremos seguidamente.

- a) En primer lugar, el objetivo general de la ley es el de reducir y fomentar la transparencia de los costes de transacción de las operaciones del mercado hipotecario; por tanto, quedan excluidas las operaciones que no sean del mercado hipotecario. Esta conclusión sale reforzada si tenemos en cuenta que la norma a la que la exposición de motivos se refiere se introduce en la ley 2/1994 la cual solo permite la subrogación, sin consentimiento del acreedor primitivo, a las entidades financieras reguladas en el artº 2 de la ley 2/1981 reguladora del Mercado Hipotecario;
- b) en segundo lugar la ley quiere profundizar en la reducción y transparencia de los aranceles de las operaciones de novación y subrogación de préstamos hipotecarios siguiendo el precedente de la ley 36/2003; en este punto no hay nada nuevo, es decir las operaciones de novación y subrogación de la ley 2/1994 continúan estando bonificadas cambiando el tipo de bonificación en el ámbito notarial en el que se pasa de una fuerte reducción a su consideración como “actos sin cuantía”;
- c) finalmente se pretende también extender dichas bonificaciones al caso de las cancelaciones que no tienen como finalidad la subrogación y a los créditos hipotecarios; en este punto, a su vez, hay dos supuestos diferentes, uno bastante claro cual es el de la extensión de los beneficios a los créditos, es decir, se acaba con el injustificable trato diferenciado que hasta la fecha tenían préstamos y créditos a efectos de la ley 2/1994 sobre subrogación y novación.

La segunda de las finalidades es un poco mas ambigua porque la ley habla de extender las bonificaciones arancelarias a “*las cancelaciones que no tienen como finalidad la subrogación*”.

En este punto decimos que existe mas ambigüedad porque el lenguaje del legislador es poco preciso; en efecto la subrogación de la ley 2/1994 no conlleva en ningún caso una cancelación de la hipoteca inscrita sino que la nueva entidad financiera ocupa la misma posición jurídica del primitivo acreedor hipotecario; si ello es así ¿como se explica el lenguaje legislativo?; en mi opinión, ello se justifica porque la terminología utilizada es una nomenclatura eminentemente bancaria o, si se prefiere, como apunta GIMENEZ DUART, “economicista” –esa terminología bancaria se pone de manifiesto también en la propia denominación de “hipoteca inversa”-; efectivamente para el Banco o entidad de crédito a la que otra le subroga un préstamo o crédito hipotecario hay una cancelación en la medida en que dicha operación sale de su activo; estas cancelaciones, así entendidas, no devengaban ningún honorario notarial ni registral específico, en la medida en que dicho efecto estaba implícito en la propia subrogación.

Lo cierto es que implícitamente el legislador admite la existencia de esas cancelaciones subrogatorias y que, en su creencia, esas operaciones ya estaban bonificadas. Esto solo se entiende si dicho concepto se pone en relación con lo dicho antes sobre la terminología bancaria; así cobraría sentido también la referencia a la ley de 2003; por tanto para el legislador las cancelaciones subrogatorias estaban en relación con la subrogación y estaba pensando en el concepto bancario de cancelación tal y como antes hemos visto.

La novedad fundamental, por tanto, se encuentra, en desentrañar qué significa el concepto de cancelaciones “que no tienen finalidad subrogatoria”.

Si atendemos a una primera interpretación literal, siempre la mas sencilla, concluiríamos que todas las cancelaciones de hipoteca estarían incluidas en la norma sobre aranceles del artº 8 de la ley 2/1994; sin embargo, hay varios argumentos que nos hacen dudar de la interpretación literal:

- el lenguaje de esta ley es en muchos aspectos mas bancario que jurídico, tal y como hemos visto;
- la norma se introduce en una determinada ley (la 2/1994) y no en el arancel notarial lo que debe significar algo;
- la regulación de la hipoteca inversa vuelve a repetir la retahíla de operaciones sujetas a beneficios arancelarios añadiendo la constitución de la hipoteca inversa; si todas las cancelaciones estuvieran incluidas en la *mens legislatoris*, ¿por qué se vuelven a incluir aquí?, yo me pregunto ¿no bastaría con hacer referencia a la constitución y remitirse a las normas generales?; item mas, ¿qué significa que el legislador en el apartado 10 de

excluya la aplicación de los apartados anteriores (entre los que se incluyen los beneficios arancelarios) a las hipotecas inversas que no recaigan sobre vivienda habitual?

- el legislador extiende los beneficios a las cancelaciones no subrogatorias en cuanto categoría opuesta a las subrogatorias, pero no dice a “las cancelaciones en general” –como ocurre en el caso de los créditos- ni siquiera a “todas las cancelaciones”; ello me hace pensar que en la mentalidad del legislador, hay otras cancelaciones además de las subrogatorias y las no subrogatorias;

Todos estos argumentos tienen la suficiente entidad como para que se justifique la búsqueda de más datos en la ley que nos permitan descubrir qué quiere decir el legislador en la exposición de motivos. En mi modesta opinión la solución al enigma la podemos encontrar los artículos 7,8 y 9 que regulan el régimen de compensación “por amortización anticipada” de las entidades financieras; efectivamente, en los artículos 8 y 9 vuelve el legislador a utilizar la misma terminología, cuando dice (sic) “*en las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales y parciales, que se produzcan en los préstamos y créditos....*”

Cuando el legislador habla de cancelaciones incluyendo las subrogatorias y las no subrogatorias no parece incluir los supuestos de extinción de la hipoteca como consecuencia del pago del préstamo o crédito dentro los plazos previstos en el contrato, supuestos en los que, por esencia, las entidades financieras no podían cobrar ningún tipo de comisión por amortización anticipada.

A mayor abundamiento, obsérvese como en el artículo 7 apartados penúltimo y último, el legislador se refiere, de forma separada, a la amortización anticipada y al pago del préstamo. El apartado penúltimo del artículo 7 se refiere a que las entidades financieras no podrán cobrar comisiones por la amortización anticipada, ya sea total o parcial en determinados casos, en los que las comisiones que pueden cobrar son las que se desarrollan en los artículos 8 y 9 donde se utiliza la terminología antes citada “cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias”; sin embargo, en párrafo aparte, como si para el legislador fuera otra cosa diferente, concretamente el artículo 7, *in fine*, dice literalmente “*En cualquier caso, la entidad estará obligada a expedir la documentación bancaria que acredite el pago del préstamo sin cobrar ninguna comisión por ello*”; es decir que el legislador distingue perfectamente entre amortización anticipada que da lugar a cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias (artículo 7, apartado penúltimo, artículo 8 y artículo 9), por un lado y pago del préstamo (artículo 7 apartado último), por otro lado.

A parecido resultado llegamos si atendemos a la finalidad genérica de la Ley 41/2007, confesada en el apartado I de su Exposición de Motivos, en cuanto lo que busca dicha ley es la eliminación de los obstáculos a la oferta

de nuevos productos así como la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos y la mejora de los instrumentos de financiación; esto se puede conseguir con la regulación de la subrogación, de la novación y de aquellas operaciones que económicamente conlleven los mismos resultados pero nada tiene que ver con aquellos supuestos en los que el prestatario ha terminado de pagar su deuda definitivamente en los plazos contractualmente previstos.

Por tanto, de las palabras utilizadas por la exposición de motivos en relación con la regulación legal de la ley 41/2007 contenida en los artículos 7,8 y 9 de la ley parece deducirse que de las cancelaciones no subrogatorias se excluyen las que se realizan como consecuencia del completo pago del préstamo en los plazos inicialmente previstos que no pueden dar lugar en ningún caso a comisión por amortización anticipada a favor de las entidades financieras.

### **III) Artículo 8 de la ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y novación de préstamos y créditos hipotecarios.**

Una vez analizada la exposición de motivos de la ley 41/2007 nos adentramos en uno de los preceptos que dicha ley modifica que es el artículo 8 de la ley 2/1994 sobre subrogación y novación. Esta norma introduce, a mi juicio, varias novedades, a saber:

- el cambio del sistema de bonificación abandonado las fuertes reducciones por el concepto “sin cuantía” en lo que a honorarios notariales y la extensión de la bonificación del 90 por ciento para los honorarios registrales a todos los casos comprendidos en la norma;
- la extensión de los beneficios arancelarios a los créditos hipotecarios, en consonancia con la nueva regulación del artículo 2 de dicha ley, que admite expresamente la posibilidad de su subrogación;
- la inclusión de las cancelaciones entre los actos beneficiados por las reducciones arancelarias.

Además este precepto adquiere una repercusión arancelaria indirecta que viene determinada por la ampliación del concepto de novación modificativa que se hace en la nueva redacción del artº 4 de la propia ley 2/1994. En la medida en que los supuestos mas dudosos son los de cancelación y novación modificativa nos ocuparemos de ambos de forma separada.

#### **A) Cancelaciones de Hipoteca:**

El hecho de que el precepto arancelario tenga su encaje en la ley 2/1994 me lleva a pensar que el legislador no ha establecido los beneficios arancelarios para todo tipo de cancelaciones.,

Si atendemos a la propia ley 2/1994 y a la ley 41/2007 que la modifica llegamos a una primera conclusión clara que atiende al punto de vista subjetivo: quedan excluidas de los beneficios arancelarios los préstamos y créditos hipotecarios que no hayan sido concedidos por alguna de las entidades incluidas en la enumeración del artº 2 de la ley 2/1981 reguladora del Mercado Hipotecario.

Una interpretación mas estricta consistiría en entender que, si la finalidad confesada de la ley 41/2007 –ver la exposición de motivos- en cuanto a los beneficios arancelarios del artículo 8 de la ley 2/1994 es la de “reducir y fomentar la transparencia de los costes de transacción de las operaciones del mercado hipotecario”, tales beneficios solo se aplicarían a las operaciones que además del requisito subjetivo mencionado cumpliesen los requisitos objetivos que el artículo 5 de la mencionada ley 2/1981 reguladora del mercado hipotecario exige para ser consideradas como “operaciones activas del mercado hipotecario”.

Sin embargo, el que la norma se encuentre en la ley 2/1994 y el hecho de que las reformas introducidas por la ley 41/2007 en la ley hipotecaria bajo la rúbrica de “Mejora y flexibilización del mercado hipotecario” se refieran a las entidades de la ley 2/1981 (p.ej artículos 12 y 153 bis de la ley hipotecaria) me llevan a pensar que la en este punto la interpretación amplia antes mencionada es la que debe prevalecer.

Si atendemos a las conclusiones extraídas de la interpretación de las finalidades confesadas por la propia exposición de motivos junto con el hecho de que los beneficios arancelarios se encuentran en la ley 2/1994 podemos entender:

- que las cancelaciones subrogatorias que ya estaban bonificadas son las que se producen en caso de subrogación; es decir, el legislador entiende el concepto de subrogación en un sentido económico y no propiamente jurídico, lo que incluiría la subrogación propiamente dicha y las operaciones con finalidad subrogatoria;

- que las cartas de pago con cancelación de hipoteca que se realizan, una vez vencido el plazo inicialmente previsto y que, en ningún caso, podían dar lugar a comisión por amortización anticipada, no se incluyen en la norma, tal y como se desprende de lo comentado anteriormente respecto de la exposición de motivos en relación con la restante regulación de la ley 41/2007;

- finalmente, el que el concepto de cancelación se incluya dentro de la ley 2/1994 la cual, desde un primer momento y en todos sus avatares y reformas ha conllevado el tratamiento conjunto de subrogaciones y novaciones, me hace pensar que las cancelaciones no subrogatorias a las que se refiere el legislador en la exposición de motivos son únicamente las que estén en relación con una novación, entiendo ésta en un sentido amplio

o económico, es decir, incluyendo no sólo la novación propiamente dicha sino también las operaciones de finalidad novatoria.

Por tanto las cancelaciones incluidas en el beneficio arancelario son:

- las cancelaciones parciales que se produzcan en el marco de un proceso de subrogación o novación stricto sensu; efectivamente, no tendría ningún sentido que si se hace una subrogación o una novación y al mismo tiempo una cancelación de parte de la deuda esta última se cobrase como “de cuantía” cuando el acto principal que motiva esa cancelación, es decir, la subrogación o novación, son considerados actos sin cuantía. De hecho, hasta el momento nunca se tocaba la cifra de responsabilidad hipotecaria, cuando había una subrogación o una novación, produciéndose una inexplicable situación por la que se decía que la deuda era de 80 pero la responsabilidad hipotecaria por principal de 100, lo cual producía situaciones difícilmente explicables en la práctica a los legos en derecho. Con la nueva regulación, se facilita notablemente la adecuación entre el Registro y la realidad.

- cuando una persona cancela la hipoteca pagando a la entidad acreedora con el nuevo préstamo o crédito obtenido de otra entidad acreedora que sustituye a la primera, es decir, se realiza la sustitución de acreedor al margen del mecanismo de la subrogación; en tal caso, hay una “cancelación subrogatoria” en el sentido al que se refiere la ley, en cuanto permitiría cobrar comisión por desistimiento a la primitiva entidad acreedora;

- cuando una persona cancela una hipoteca con una entidad financiera mediante un nuevo préstamo ó crédito concertado con esa misma entidad financiera modificando las condiciones, lo que tendrá especial utilidad en el caso de préstamos hipotecarios constituidos antes de la entrada en vigor de a la ley 41/2007 en los que no cabe la recarga.

Tampoco tiene ningún sentido cualquier otra interpretación porque supondría incluir en la ley 2/1994, que regula la novación y subrogación de préstamos -y ahora también de créditos hipotecarios-, una norma que nada tendría que ver con esa novación y subrogación máxime cuando nada de eso sucede ni ha sucedido en la regulación de esa ley ni sería lógico desde un punto de vista legislativo; podría tener justificación si se incluye como disposición adicional una norma que modifica una ley determinada pero no parece lógico que en la ley que regula la subrogación y novación se introduzca una norma sobre cancelaciones que nada tiene que ver con esas figuras de subrogación y novación.

Existen otros argumentos de segundo orden que nos llevan a la misma conclusión:

- los beneficios arancelarios, como excepción a la norma, deben ser objeto de interpretación restrictiva so pena de convertir en regla la excepción (ver en este sentido la reciente Resolución de la DGRN de 12 de



junio de 2006 en relación con los aranceles en materia de concentración parcelaria);

- los antecedentes históricos nos dicen que el legislador ha seguido básicamente tres sistemas cuando ha modificado los aranceles:

- uno, cuando publica una ley en la que considera conveniente hacer ajustes arancelarios (p.ej. leyes que implican adaptaciones societarias – anónimas, limitadas, sociedades profesionales, etc- etc) se remite al correspondiente Real Decreto que modifica el arancel;

- dos, establece modificaciones arancelarias en la propia ley o Decreto-Ley pero para evitar bloqueos normativos reserva las futuras modificaciones a normas del mismo rango que la hasta ahora existente (p.ej, el Real Decreto Ley 6/1999, de 16 de abril –artº 2.4-, o el del año siguiente 6/2000 –artº 35-3-);

- tres, el criterio seguido por la ley 2/1994 y la 36/2003, que es la introducir beneficios arancelarios en una ley respecto de los actos sustantivos regulados en ella o afectados por ella.

Ninguno de estos sistemas sería el seguido en la ley 41/2007 sin consideramos incluidas todas las cancelaciones pues, curiosamente, mezclaría el tercero de los sistemas con otro totalmente novedoso consistente en congelar, por vía de reserva de ley futura, los aranceles relativos a un determinado acto notarial –las cancelaciones de hipoteca- que no regula en absoluto la ley 2/1994.

Pero es que, además, con la interpretación que patrocinamos se superan varios contradicciones de la ley, a saber:

- se explica la referencia expresa que la Exposición de Motivos hace a “cancelaciones no subrogatorias” y la implícita a “cancelaciones subrogatorias” en consonancia con la terminología que la propia ley utiliza en materia de comisiones por desistimiento;

- hace lógica y coherente la introducción de la norma en la ley 2/1994 porque las cancelaciones subrogatorias serían aquellas que se hacen en el marco de una subrogación en sentido jurídico estricto o que persiguen una finalidad subrogatoria en sentido económico mientras que la finalidad no subrogatoria estaría en relación con la otra figura jurídica que aborda la ley 2/1994, es decir, la novación, ya se entienda esta en su sentido técnico estricto o en un sentido amplio y económico; en definitiva, las cancelaciones sin cuantía son aquellas que cumplen una finalidad subrogatoria o novatoria, entendidos estos conceptos tanto en sentido jurídico estricto como en sentido amplio, es decir, económico, financiero o bancario;

- permitiría facilitar la refinanciación tanto a los que obtengan préstamos y créditos a partir de la entrada en vigor de la ley 41/2007 como a los que ya los hubieran obtenido antes igualando, dentro de lo posible, la situación de ambos; respecto de los primeros, el abaratamiento de costes se logra con

la “recarga del préstamo” dentro de la responsabilidad inicial como mera novación modificativa sin cuantía mientras que los segundos, como por razones de seguridad jurídica y de protección a terceros no cabe “la recarga” -por ello la disposición transitoria dice lo que dice-, se permite que puedan pagar el préstamo actual y cancelar su hipoteca con los fondos obtenidos del nuevo préstamo o crédito y todo ello a un coste razonable, es decir, con esa cancelación como acto sin cuantía.

- se muestra conforme con la finalidad genérica de la ley 41/2007 consistente en eliminar obstáculos existentes para la oferta de nuevos productos logrando la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos y la mejora de los instrumentos de financiación; tal finalidad sólo tiene sentido en relación con una cancelación de finalidad novatoria o subrogatoria;

- explica perfectamente la referencia en la exposición de motivos de la ley 41/2007 a la ley 36/2003.

Los argumentos que se han formulado contra este tipo de interpretaciones preconizadas inicialmente por compañeros como TOMAS GIMENEZ DUART o FERNANDO GOMÁ etc, creo que no son tan definitivos como pudiera pensarse a primera vista. A continuación lo comprobaremos.

i) Una primera línea de críticas, está conformada por los que creen que debe restarse importancia al dato de que la rebaja arancelaria se haya introducido en la ley 2/1994 porque el legislador actual es poco sistemático: a mi juicio, olvidan algunos aspectos que pueden hacer que los argumentos esgrimidos se vuelvan contra ellos, así:

- no se puede negar valor a ese dato y después afirmar que el beneficio arancelario no es aplicable a las hipotecas que garantizan préstamos o créditos concedidos por particulares o sociedades que no sean entidades a las que se aplique la ley 2/1994; es decir que no se puede utilizar la ley 2/1994 a la carta y según nuestros deseos;

- tampoco se puede decir, como hace CUENCA ANAYA, que “a estas alturas, a nadie debería extrañar que las leyes se utilicen para los mas diversos fines, además del suyo específico; la que comentamos, sin ir mas lejos, contiene normas sobre prestaciones por dependencia, ordenación de seguros privados, Enjuiciamiento Civil y... 33ª Copa de América. Y recordemos las numerosas bonificaciones arancelarias vigentes que se han introducido sin modificar expresamente el texto de los aranceles”.

A mi juicio confluyen aquí dos tipos de críticas; por un lado se dice que las leyes sirven a diversos fines, ejemplo de ello es la ley 41/2007; es cierto que el legislador se ha vuelto un tanto desordenado y modifica cualquier ley a través de otra que nada tiene que ver con la modificada (p.ej.

disposición adicional de una Ley sobre Hidrocarburos que estableció el carácter de relación laboral por cuenta ajena de la prestación de servicios de determinados abogados); tal crítica se puede aplicar a ley 41/2007 porque trata aspectos variopintos que poco o nada tienen que ver entre sí pero no serviría si analizamos cada uno de los concretos aspectos que trata dicha ley, los cuales están en su sede correspondiente, así:

- la regulación sobre disciplina e intervención la incluye en la ley correspondiente modificando nada menos que una letra de un apartado de un artículo;

- lo mismo sucede respecto de la regulación que afecta a la Ley del Mercado Hipotecario, de la Ley Hipotecaria, de la Ley de Enjuiciamiento Civil o de las diferentes leyes aludidas en las disposiciones finales.

Por tanto la ley 41/2007 puede ser un caos que regule y confunda “el tocino y la velocidad” pero la normativa sobre el “jamón” está en el capítulo sobre “el tocino” y la de los vehículos de gran cilindrada en el de “la velocidad”.

Finalmente, si el legislador en la ley 41/2007 regula todo tipo de materias qué razón puede existir para que precisamente una norma de tanto calado como es la que modifica el régimen arancelario de las cancelaciones de hipoteca no se situase en el lugar que le corresponde en vez de introducir una norma en sede inadecuada; mas bien me inclino a pensar que el legislador lo hizo así conscientemente porque no quería extender el beneficio a todo tipo de cancelaciones de hipoteca.

Por lo dicho, no puede entenderse que la ley 41/2007 hace una excepción con la ley 2/1994 introduciendo una cuestión desligada de la propia ley; por tanto, las cancelaciones bonificadas son las que tienen una finalidad subrogatoria o novatoria.

En segundo lugar, el mencionado autor dice que en otras ocasiones las modificaciones arancelarias se han hecho sin cambiar el arancel; ya hemos visto antes los tres sistemas que ha seguido el legislador para modificar los aranceles notariales y registrales y creo que el artículo 8 de la ley 2/1994 no encaja en ninguno de ellos si atendemos a la interpretación extensiva mientras que se ajusta perfectamente a la interpretación que considera que las cancelaciones de dicho precepto son solamente las de finalidad subrogatoria o novatoria.

ii) Otro tipo de críticas atienden a una “supuesta voluntad del legislador” -*voluntas legislatoris*- que estaría muy bien definida. Por mi parte, si algo tengo claro es que en la actualidad el proceso de elaboración de las leyes es algo muy complejo que obedece a diversos intereses pero en el que termina imponiéndose la voluntad de la minoría cuyos votos son fundamentales para obtener la mayoría parlamentaria; por tanto, dejemos ya discutir y preguntémosle al señor Carod Rovira que es lo que ha querido y sanseacabó. Seamos serios, por favor, la interpretación debe buscar la

“voluntad de la ley” –*voluntas legis*- y para ello se utilizan los criterios del CC (sentido propio de sus palabras, el contexto, los antecedentes, realidad social del tiempo y ello atendiendo a su espíritu y finalidad).

Comenzando por la letra de la ley se me puede decir que la ley habla de cancelaciones y que las exposición de motivos parece referirse a cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias; frente a ello yo redarguyo diciendo que la norma se incardina en la ley 2/1994, es decir, el legislador pudiendo establecer la bonificación arancelaria en sede adecuada no lo hizo; por otra parte, afirmo también que el concepto de cancelación subrogatoria es un concepto económico mas que jurídico y que la exposición de Motivos no dice a “todas las cancelaciones” sino que discrimina finalidades. Por cierto, si atendemos a la letra de la ley ¿por qué las subrogaciones de deudor no son también actos sin cuantía?, porque está en la ley 2/1994 y, por tanto, se refiere sólo a las de acreedor; de nuevo utilizamos dicha ley según se nos antoja.

En cuanto a la interpretación del contexto ya hemos visto que se adecua mejor a la interpretación que patrocinamos que a la literalista porque el concepto de “cancelación subrogatoria y no subrogatoria” se utiliza por la propia ley en relación con las comisiones bancarias justo antes de la modificación del artº 8 de la ley 2/1994. Además la ubicación sistemática de la norma nos conduce al mismo resultado.

Si atendemos a los antecedentes históricos ya hemos analizado también como los sistemas de reforma arancelaria utilizados no encajan con los de ley 41/2007 si entendemos que la referencia a “cancelaciones” incluye toda cancelación al margen de su finalidad.

Tampoco se puede dar un valor definitivo a los anteproyectos y proyectos que no dejan de ser eso propuestas de ley futura pero todavía no leyes; en muchas ocasiones hemos visto como desde un punto de partida del anteproyecto se llegaba a un resultado totalmente distinto en la ley (p.ej en la norma introducida en la ley de consumidores y usuarios sobre los gastos de elaboración de los contratos que inicialmente sólo contemplaba lo relativo a la emisión de los billetes de avión). Esos materiales legislativos nos pueden servir para una orientación general pero no es un medio preferente de interpretación sino que es un elemento de segundo orden, desde luego, por detrás del contexto y de la ubicación sistemática de la norma.

Respecto de la realidad social del tiempo en que se han de aplicar las normas no podemos decir que haya una sentida necesidad social de abaratar las cancelaciones de hipoteca mas allá de la que vaya ligada al lógico deseo de todo el mundo de que todo servicio sea lo mas barato posible; puestos a buscar explicaciones sociales los usuarios de los servicios notariales entienden mucho menos la fiscalidad ligada a los mismos que los aranceles notariales y registrales.

En último lugar, el espíritu y finalidad genérico de la ley 41/2007 es el explicitado en el apartado I de su exposición de motivos el cual, se ajusta mucho mejor a la interpretación que patrocinamos que a la que entiende incluidas todo tipo de cancelaciones.

Para acabar con la referencia a la voluntad del legislador me gustaría recordar el viejo cuento del que se va de viaje a África y al que un amigo le pide que, a su vuelta le traiga dos o tres monos; al redactar la misiva el solicitante escribió “2 O 3 monos” en lugar de “2 ó 3 monos”; lo que sucedió fue que el viajero regresó la mar de contento con los 203 monos que su amigo le encargó.

iii) Para terminar estarían las críticas que atienden a considerar que no se puede defender socialmente que una rebaja arancelaria quede vacía de contenido si se limita la aplicación de la nueva norma a las cancelaciones parciales producidas en procesos de subrogación o novación, las cuales quedarían desvirtuadas si se extiende el beneficio arancelario a las cancelaciones con finalidad de subrogación o novación entendiendo estas en su sentido económico que es el que utiliza el legislador.

## **B) Sobre el nuevo concepto de novación modificativa.**

Dentro del artículo 8 hay ciertas mejoras arancelarias que derivan del nuevo concepto de “novación modificativa” que se establece en el artículo 4 de la ley 2/1994, según la redacción dada por la ley 41/2007. De los supuestos enumerados como mera modificación en el apartado 2 de ese artículo 4, interesan especialmente la ampliación de capital así como la prestación o modificación de garantías personales.

### **B.1 Ampliación de capital.**

La ampliación de capital considerada como acto modificativo y, por lo tanto, sin cuantía es la que no afecta en modo alguno al rango de la hipoteca, es decir, la que no modifica la responsabilidad hipotecaria para ampliarla porque si esto es así, en cuanto a la ampliación, hay nuevo rango, nueva hipoteca y, por tanto, nueva constitución que es un acto sujeto a AJD y arancelariamente calificable como de cuantía, aplicándose el número 2 del Arancel notarial. Así se desprende del propio apartado 3 del mismo artículo 4; en definitiva lo que es mera novación modificativa es la “recarga” del primitivo préstamo dentro de la responsabilidad hipotecaria inicial.

Tal “recarga” parece que sólo cabe respecto de los préstamos constituidos a partir de la entrada en vigor de la ley, es decir, respecto de los préstamos hipotecarios cuya escritura pública se haya otorgado a partir del 9 de diciembre de 2007.

Una vez mas la interpretación de la norma arancelaria debe hacerse al amparo de la propia ley y, por tanto, atendiendo al concepto de novación que en ella se establece. No puede decirse, como hace CUENCA ANAYA

que “gramaticalmente y jurídicamente está claro qué es ampliar o reducir el capital de una hipoteca” porque la ley no dice eso, es decir, está poniendo en boca del legislador lo que éste no ha dicho; lo que dice la ley es que cuando se trate de entidades de las del artículo 1 de la ley de subrogación la modificación de “préstamos hipotecarios” –no “la modificación de hipoteca”- puede consistir, entre otras cosas, en la ampliación o reducción de capital, es decir, en recargar el préstamo o reducirlo; curiosamente el legislador en el párrafo siguiente, el tercero del artículo 4, cuando alude a la alteración de rango se refiere a “incremento de la responsabilidad hipotecaria”, por tanto, el legislador en este punto es milimétrico y exacto; en un caso se modifica el préstamo porque hay nueva entrega pero todo ello dentro de la responsabilidad hipotecaria inicial, sin embargo, si tal cifra de garantía se cambia hay nuevo rango por ese incremento de responsabilidad (o si se prefiere de “hipoteca”); por tanto hay dos supuestos claramente diferenciados que tienen un trato arancelario y fiscal diferente.

Efectivamente la diferencia de trato no se limita al arancel notarial sino que se extiende al plano fiscal en cuanto la recarga no debería estar sujeta al impuesto de AJD porque la responsabilidad hipotecaria no se ve modificada. No obstante la Administración tendrá la tentación de gravar dichos actos porque la exención del artículo 9 de la ley 2/1994 se refiere únicamente a las novaciones que ya estaban exentas (plazo y tipo de interés); sin embargo creo que hay base para entender que esta operación está sujeta a IVA como nueva entrega de cantidad a título de préstamo pero exenta como todo préstamo en la ley del IVA y no sujeta a la modalidad AJD porque no hay cuantía fiscalmente valuable en la medida en que no se toca la responsabilidad hipotecaria que es el verdadero objeto de la inscripción, sin que a ello obste el que tal escritura pueda dar lugar a algún tipo de asiento registral.

### **B.2 . La prestación o modificación de las garantías personales.**

En este punto cabrían, a priori, dos posibles interpretaciones:

- por un lado, entender que se refiere al caso en que el acto principal ya tuviese garantías personales desde un primer momento pues, en otro caso, la constitución de fianza es un negocio autónomo que, según las Resoluciones de la DGRN, está sujeto al número 2 del arancel, pues no tendría demasiado sentido que la fianza sea o no acto de cuantía según se otorgue en el momento inicial o en un momento posterior;

- por otro lado, considerar que, aunque se un poco incongruente, la nueva regulación debe cohonestarse con la ya existente por lo que la fianza sería acto de cuantía salvo cuando se otorgue como modificación al amparo de la ley 2/1994, en cuyo caso se entiende que es una novación modificativa; tal supuesto es excepcional y está sujeto a interpretación restrictiva.

En un primer momento me inclinaba por la primera de las posibilidades aunque, tras un análisis mas sosegado, creo que es la segunda

interpretación la que debe prevalecer considerando que en ese sólo caso la fianza ha dejado de ser un acto autónomo y accesorio para pasar a formar parte del contenido del acto principal.

Mi pregunta a continuación es, ¿podemos sacar de esto alguna consecuencia fiscal?, es decir, aunque no se haya modificado el artículo 9 de la ley 2/1994 se puede sacar alguna conclusión fiscal de esa consideración del legislador como mera modificación del préstamo; creo que la respuesta debe ser afirmativa. Si el legislador considera que la prestación o modificación de garantías personales de un préstamo o crédito concedido por una entidad de crédito (ámbito subjetivo de la ley 2/1994 y de la ley del Mercado Hipotecario de 1981) se considera sustantivamente una modificación de dicho préstamo o crédito parece claro que el régimen fiscal debe ser el consecuente con su verdadera naturaleza civil (ver artº 3 del RD 1/1993); en estos casos, por tanto, el régimen tributario debe ser el del acto principal, debiendo considerarse un acto sujeto a IVA pero exento -artº 20.1.18, letra d)- y, por tanto, no sujeto a Transmisiones Patrimoniales -artº 7-5 del Real Decreto 1/1993 por el que se aprueba el Texto Refundido de Transmisiones- sin que proceda gravamen alguno por AJD en cuanto la fianza no motiva inscripción alguna en ningún Registro Público.

#### **IV) Hipoteca inversa.**

La hipoteca inversa que cumpla los requisitos para ser considerada como tal -número 1 de la disposición adicional 1ª- y que afecte a la vivienda habitual tiene un tratamiento arancelario favorable considerando como actos sin cuantía todas sus vicisitudes jurídicas. Ahora bien cuando la hipoteca inversa no grave la vivienda habitual del solicitante pasa a ser una hipoteca normal la cual aparte de las reducciones generales (25 por ciento del número 2 con carácter general, otro 25 por ciento si se refiere a vivienda, y los beneficios de la ley 2/1994 con el alcance antes indicado) no tiene bonificación especial -apartado 10 de la disposición adicional 1ª-.

#### **V) CONCLUSIONES.**

A modo de conclusión, haremos un resumen de cómo quedan las diversas operaciones, tras la ley 41/2007, desde el punto de vista arancelario y fiscal:

1) Constituciones de préstamos y créditos con garantía hipotecaria: no hay novedades salvo la relativa a la hipoteca inversa que cumpla los requisitos de la ley 41/2007 y recaiga sobre vivienda habitual es

considerada como acto sin cuantía y está exenta de AJD (disposición adicional 1ª apartados 7 y 8 de la ley 41/2007).

Si la hipoteca inversa no cumple los requisitos del apartado 1 de dicha disposición adicional o, cumpliéndolos, no recae sobre la vivienda habitual del solicitante su constitución no goza de ningún beneficio ni arancelario ni fiscal.

## 2) Subrogaciones de acreedor de la ley 2/1994:

2.1 Honorarios notariales: se consideran como acto sin cuantía (artículo 8 de la ley 2/1994 según redacción de la ley 41/2007).

Es muy dudoso que se pueda entender que hay dos conceptos sin cuantía uno por la cancelación subrogatoria de la que habla el legislador y otra por novación por el cambio de condiciones del tipo de interés o del plazo o ambas como defiende SUAREZ PINILLA porque la ley está pensando en que la subrogación 2/1994, como remedio excepcional, que permite subrogar a una entidad por otra sin su consentimiento expreso, está vinculada de modo inexorable a una modificación del tipo de interés o del plazo o de ambas.

2.2 Fiscalidad: la escritura de subrogación realizada al amparo de lo dispuesto en la Ley 2/1994 esta exenta del impuesto de Actos Jurídicos – artº 7 de la ley 2/1994-.

## 3) Novación modificativa al amparo de la ley 2/1994:

3.1 Honorarios notariales: se consideran como acto sin cuantía (artículo 8 de la ley 2/1994 según redacción de la ley 41/2007).

No creo que pueda defenderse la existencia de varios actos sin cuantía por el hecho de que se modifique el tipo de interés, se altere el plazo y se modifiquen garantías personales y ello porque la ley 2/1994 -artículo 8- habla claramente de que el concepto sin cuantía se refiere a la escritura de novación modificativa mientras que el artículo 4 dice que “las escrituras de modificación préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias” de las circunstancias que después enumera, por tanto, la voluntad del legislador aquí es clara.

Además con esta interpretación se desvirtuaría el espíritu de la ley pues, antes de la reforma de 2007, la mayoría de estas escrituras eran de cuantía mínima (base inferior a 6000 euros) de tal modo que con la acumulación de actos sin cuantía estaríamos cobrando mas (p.ej escritura de alteración de plazo, de modificación de tipo de interés y de método de amortización, serían 90 euros cuando antes eran 90 euros menos la reducción).

Los supuestos mas dudosos son los de ampliación y reducción de capital y los de prestación y modificación de garantías personales; no obstante creo que la solución debe ser la misma porque el legislador, acertadamente o no,



violentando principios civiles tradicionales o no, ha considerado que esos actos se incluyen dentro del concepto de novación.

3.2 Fiscalidad: hay que distinguir a su vez los diferentes supuestos:

- ampliación de capital: si se trata de una recarga dentro de la responsabilidad inicial no debería haber tributación por AJD porque no se altera la responsabilidad hipotecaria, como ya hemos visto;

- reducción de capital: aunque conlleve una reducción de la cifra de responsabilidad hipotecaria, es decir, aunque implique cancelación parcial estará exenta de AJD porque toda cancelación lo está –artº 45 I, B, 18 del R Decreto-Legislativo 1/1993)-;

- alteración del plazo: exenta de AJD por aplicación del artículo 9-1 de la ley 2/1994;

- condiciones del tipo de interés: exenta de AJD por aplicación del artículo 9-1 de la ley 2/1994;

- método o sistema de amortización de amortización y cualesquiera condiciones financieras: como probablemente serán susceptibles de inscripción dado que ahora deben reflejarse en el asiento todas las condiciones financieras de trascendencia real parece que habrá la tentación de sujetarlas a AJD.

No creo que pueda decirse, como hace SUAREZ PINILLA, que están exentas por aplicación del artículo 9 de la Ley 2/1994 en cuanto este precepto no ha sido modificado y sólo consideraba exentas por AJD a las novaciones por alteración del tipo de interés pactado o vigente o por alteración de plazo o ambas.

No obstante podría intentar defenderse que se trata de una operación sin cuantía valuable y, por tanto, no sujeta a AJD, especialmente cuando se modifiquen condiciones financieras que no tengan una repercusión económica directa (p.ej. una comisión determinada).

- prestación o modificación de las garantías personales: a mi juicio, al igual, que las operaciones anteriores debe considerarse una operación sujeta a IVA y exenta de éste, porque el legislador considera que es una modificación del préstamo; por tanto quedaría no sujeto al concepto de TPO sin que quepa plantearse la sujeción por AJD en cuanto no hay acto inscribible alguno.

Supongo que esta tesis no será la acogida por las oficinas liquidadoras pero creo que se puede defender con argumentos bastante sólidos.

#### 4) Ampliaciones de préstamo hipotecario que conlleven un incremento de responsabilidad hipotecaria:

4.1 Honorarios Notariales: número 2 por la ampliación de responsabilidad hipotecaria; puede existir concurrencia con el número 1 documento sin cuantía” si además se hace novación modificativa al amparo de la ley 2/1994.

De afectar a una hipoteca inversa también sería número 1 por asimilación con la constitución.

Es número 2 porque hay nuevo rango en cuanto al incremento y, por tanto, nueva hipoteca; no es el concepto de ampliación en el que piensa el legislador; además sería absurdo que un préstamo con segunda hipoteca tuviese un trato arancelario diferente cuando desde el punto de vista del funcionamiento registral como del fiscal (si no hay pacto de igualdad de rango) son operaciones idénticas. La ampliación o reducción de capital de la ley 2/1994 es otra cosa, se refiere a la recarga del préstamo.

4.2 Fiscalidad: sujeto a AJD por el importe de la ampliación de responsabilidad hipotecaria.

## 5. Cancelaciones de hipotecas en garantía de préstamos o créditos:

5.1 Honorarios notariales: número 1 si se trata de cancelaciones de finalidad subrogatoria o novatoria ya sean totales o parciales, así como en el caso de hipotecas inversas; en el resto de casos, es decir, las que se hacen después de pagado el préstamo o cuando el deudor del primitivo préstamo y el del nuevo son diferentes, con cuantía por el número 2 como hasta ahora.

Igualmente se consideran sin cuantía las cancelaciones que afecten a hipotecas inversas sobre la vivienda habitual que cumplan las condiciones de la disposición adicional 1ª de la ley 41/2007.

En todo caso quedan excluidas de la bonificación arancelaria las cancelaciones de préstamos o créditos en los que la parte acreedora no sea una de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la ley 2/1981 reguladora del Mercado Hipotecario.

5.2 Fiscalidad: en todo caso, exentas por aplicación del artículo –artº 45 I, B, 18 del R Decreto-Legislativo 1/1993)-.

Por cierto, y como reflexión final en materia de índices y, sin perjuicio de que acatar lo que el Consejo General diga al respecto, no me convence del todo la opinión de SUAREZ PINILLA en cuanto a que la ampliación de capital (recarga) y la prestación de fianzas al amparo de la ley 2/1994 se configuren como “ampliación de hipoteca” y “fianza” en el índice único

En cuanto a la ampliación de capital –recarga- porque de nuevo, se está haciendo decir al legislador lo que no dice, para el legislador y sólo respecto de los préstamos hipotecarios posteriores a 9 de diciembre de 2007 es posible la ampliación del capital del préstamo hipotecario sin incremento de responsabilidad, por tanto, difícilmente puede haber ampliación de hipoteca si no se toca la responsabilidad hipotecaria. Creo que, en este caso, el concepto será novación de préstamo hipotecario ley 2/1994.

En materia de “fianza” creo que el legislador ha definido, de forma excepcional, como novación una serie de supuestos que antes eran otra

cosa y que no podemos escaparnos a esa calificación del legislador, por tanto, también aquí habría novación a efectos de índices.

Antonio Chaves Rivas, Málaga a 11 de enero de 2008