

Tributación de la igualación de rango

SUMARIO: LAS DOS CLASES DE IGUALDAD DE RANGO.—LA BASE IMPONIBLE EN LA IGUALACIÓN DE RANGO.—EL SUJETO PASIVO.—LA TOTAL RESPONSABILIDAD.—EL DERECHO QUE EMPEORA.—DEFECTUOSA BASE IMPONIBLE.—EL RESPETO A LOS ACREEDORES INTERMEDIOS.—LA NEGOCIACIÓN SOBRE EL RANGO Y EL IVA.—LA POSPOSICIÓN DE HIPOTECA.—LA IGUALACIÓN DE RANGO Y LA CONDICIÓN SUSPENSIVA.—APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 241 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.—IGUALACIÓN Y CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Ha suscitado un tropel de perplejidades esa escueta normativa de la Ley 53/2002, de 30-12-2002, que modifica el ITP el cual, en su artículo 30 remozado preceptúa: «En la igualación de rango, la base imponible se determinará por el total importe de la responsabilidad correspondiente al derecho de garantía establecido en *primer* lugar».

Ciertamente la redacción es desafortunada, pues, a primera vista, carece de congruencia que entre derechos iguales en rango, pueda postularse la existencia de un primero y de un segundo; si son rigurosamente iguales todos serán primeros, segundos... Pero con una hermenéutica gramatical más profunda puede vencerse el aparente esoterismo de esta regla y encontrarla algún sentido. Y así pienso que lo que el legislador ha querido decir (pero lo dice muy mal, ciertamente) es que en las igualaciones de rango propias (ya veremos después que puede haber otras impropias) la base de tributación coincidirá con la total responsabilidad atribuible al derecho de garantía que mejora de rango en virtud de la igualación.

Creo que ésta es la única solución lógica. Y voy a tratar de justificarlo en los párrafos que siguen. Como en las películas retrospectivas (que estuvieron de moda en mi juventud) empiezo por el final y he de retroceder hacia la argumentación que sirva de premisa para la conclusión sustentada.

LAS DOS CLASES DE IGUALDAD DE RANGO

Dada la libertad pacticia que preconiza el artículo 1255 de nuestro Código Civil, podemos sostener la posibilidad de dos negocios diferentes en virtud de los cuales se logre abocar a una igualdad de rango que no contradiga ni a la ley, ni a la moral ni al orden público. Responden a dos momentos temporales diferentes:

- a) *Igualdad de rango pactada inicialmente cuando ninguno de los derechos de garantía está todavía inscrito y en virtud de un pacto que originará la registración simultánea de los derechos reales con un mismo rango, aunque por necesidades formales de los folios de la finca, uno de ellos figure después del otro*

En este caso, cada derecho debe tributar por la base imponible que corresponda a la obligación que cada uno e independientemente garantiza. Se liquidará, pues, como un supuesto normal de constitución de dos hipotecas diferentes, sin que el pacto sobre el rango igualitario tenga trascendencia fiscal.

A entenderlo así nos obliga el artículo 9 de la LGT, que invoca como supletorias del ordenamiento fiscal a las regulaciones sustantivas. Y en el Derecho Hipotecario, para que existan negociaciones sobre el rango registral, se requiere que uno al menos de los derechos en contraste esté previamente inscrito (vid. art. 241 del Reglamento Hipotecario sobre la posposición de hipoteca).

Lo normal (mejora, permuta de rango) es que los dos derechos que entran en la negociación estén anteriormente (antes del contrato sobre el rango) inscritos.

Y es que el rango hipotecario es una atribución de los derechos que están previamente inscritos. Sin registración no hay rango. Tendrá que haber inscripciones primeras, segundas... y sucesivas para que los titulares de los derechos que las causaron puedan negociar sobre su prioridad tabular.

Inscritas dos hipotecas simultáneas con el mismo nivel de antigüedad, los posibles actos jurídicos sobre el rango sólo podrán empezar a partir de ese mismo momento en que se han inscrito y en que por el hecho de su constatación en los libros ya han consolidado un rango, aunque inicialmente resulte neutro por el hecho de la igualdad ordinal y jurídica.

- b) *Igualación de rango lograda a posteriori*

En este supuesto sí que se dan todos los requisitos de un auténtico convenio sobre el rango, porque el rango preexiste a los acuerdos de las partes sobre el mismo.

La norma que analizamos emplea con propiedad (tal vez impensada) la palabra *igualación*.

Dos cosas pueden ser *iguales ab initio*, desde siempre. Pero las cosas se *igualan a posteriori*. Si dos cosas se *igualan* es porque antes eran diferentes. Para hacer que una cosa sea igual a otra (*igualarlas*) se precisa que antes no lo fuera; que las cosas fuesen desiguales.

Es por ello que la *igualación* de rango, a la que se refiere el artículo analizado, parte de la premisa de que antes los rangos eran diferentes porque, por ejemplo, se convierten en dos primeras hipotecas, una que ya lo era y otra que tenía el rango de cuarta. Esta última se *igual*a con la primera y adquiere un rango que antes no tenía. Aquí sí que se puede gravar con toda propiedad y justicia la disposición sobre el rango, porque la hipoteca inicialmente primera pierde en parte su jerarquía al condescender en homogeneizar su jerarquía tabular con otro gravamen que tenía peor rango y este último mejora de posición, *adquiere* una prioridad que antes no tenía y por esta adquisición debe pagar.

Fiscalmente en un supuesto de igualación de rango y en un orden sucesivo en el tiempo se habrán producido las siguientes liquidaciones: *a)* Al constituirse la hipoteca primera satisfaría el impuesto, en su día, sobre una base imponible coincidente con el total capital garantizado; *b)* Al inscribirse la hipoteca cuarta (que va a mejorar de rango) también tributó, en su época, por el importe de la total obligación que garantizaba; *c)* Ahora, al mejorar de rango esta cuarta hipoteca e *igualarse* con la primera, surge un nuevo acto liquidable, basado en la *adquisición* de un *rango* preferente del que antes adolecía y por este logro debe tributar en la forma indicada por la norma que estamos interpretando.

LA BASE IMPONIBLE EN LA IGUALACIÓN DE RANGO

Para conferir sentido al cabalístico precepto es preciso que analicemos temporalmente los tiempos verbales empleados en el mismo. Es clave en este artículo el inciso: «el derecho de garantía *establecido* en primer lugar».

La lógica requiere que nos situemos en el derecho que se *establece* en el momento de perfeccionarse el negocio referente al rango hipotecario, cuya adquisición es objeto de liquidación al gravarse la igualación de rango.

Porque la hipoteca que ya tenía el rango de primera, ya tributó en su día y ahora al ceder parte de su privilegio a favor de otro gravamen no logra una fracción de ese rango, sino que la pierde y por esta desventaja no se tributa, ya que, a lo sumo, por su cesión habrá percibido un dinero, pero según la ley las entregas de dinero que constituyan el precio de bienes enajenados están exentas.

Por la igualación de rango (figura híbrida y aglutinante, que conlleva una parcial posposición de la primera hipoteca o, si se quiere, una parcial pérdida de rango de esa primera hipoteca y a la vez una parcial mejora de rango de la hipoteca cuarta), *el derecho de garantía establecido en primer lugar* es el que tenía la calificación de cuarta hipoteca y en virtud del contrato nuevo que ahora debe liquidarse se le conduce al primer lugar que antes no tenía.

No se olvide que en el impuesto de transmisiones patrimoniales el que paga es el que adquiere la cosa o el derecho (el rango, en nuestro caso, como facultad tabular inherente al derecho) y no el que la enajena, que al adquirir el precio sinalagmático goza de una exención expresa.

Se ha establecido (en virtud del nuevo pacto) en el primer lugar al que antes no tenía ese lugar; por el contrario, al que ya gozaba de primera hipoteca no hay que *establecerlo* en ella. Es cierto que nadie da lo que no tiene, pero también es verdad que a nadie se le da lo que ya tiene. Se adquiere lo que no se tiene, no lo que ya se tiene. Repugna al sentido filosófico del derecho que alguien pueda readquirir lo que ya es suyo, pues sería él mismo, que ya es dueño, el que se vendería a sí mismo, y esto es una monstruosidad jurídica, conceptualmente inaceptable.

«Establecido en primer lugar» o en segundo, en tercero... en el lugar a que conduzca la igualación. No podemos exigir al legislador un adecuado casuismo expositivo cuando nos ha demostrado, con sus impropiedades, que es muy romo en el manejo de los conceptos y de las situaciones gravables.

EL SUJETO PASIVO

a) En *la igualación de rango*, como hemos visto, lo es el titular del gravamen que mejora de rango en virtud del igualitarismo conseguido. Y esto es lógico porque es congruente con las premisas fiscales del ITP, según las cuales quien debe contribuir es el que adquiere el derecho o facultad que antes no tenía, deviniendo, por el contrario, exento el que adquiere el dinero.

b) En este artículo 30 de la ley se contiene una previsión más afortunada para la *posposición y mejora de rango*. Según el legislador, en estos casos: «la base imponible estará constituida por la total responsabilidad asignada al derecho que empeore de rango». Indirectamente, de esta regla podemos deducir cuál sea el sujeto pasivo en la posposición y mejora de rango.

Ésta es una norma lógica y adecuada a los postulados del sistema, según los cuales debe pagar el que adquiere la cosa o derecho, no el que la pierde (aunque a cambio obtenga dinero).

Pero en la posposición pierde el rango el que retrocede; no adquiere una posición prevalente y por esta razón no debe tributar.

En cambio el que mejora, el que accede a una posición privilegiada que antes no tenía, sí que *adquiere* un rango (derecho en sentido amplio, si se nos permite esta licencia calificadora). Por tanto, lógicamente, el sujeto pasivo debe ser el que mejora de rango (que es el que adquiere) y no el que *empeora* de rango. Es decir, todo conforme a lo propugnado por el legislador.

LA TOTAL RESPONSABILIDAD

Esta expresión, como coincidente con la de base imponible, se emplea en la ley al tratar del régimen aplicable a la posposición, mejora e igualación de rango.

Pese a la impropiedad jurídica de identificar débito y responsabilidad, lo cierto es que si estudiamos conjuntamente los varios párrafos de este artículo 30, advertimos que el legislador utiliza indistintamente las expresiones «total importe de la responsabilidad» y esta otra: «el importe de la obligación o capital garantizado».

La totalidad exigida alude a una consideración global de la obligación garantizada, ya que la base imponible se integra no sólo por el débito principal, sino también por los otros ingredientes garantizados: los intereses, las indemnizaciones a que hubiere lugar, las penas por incumplimiento u otros conceptos análogos.

En el Derecho Hipotecario Sustantivo, la cobertura alcanza al capital, intereses y costas. Entre los borrosos «conceptos análogos» a los que alude el precepto y por mucha elasticidad que quiera conferirse a la norma, no creo que estén comprendidas las costas, por cuanto, al liquidar la hipoteca, se desconocerían dos variables: ni se sabe si habrá, en el futuro, que reclamar judicialmente la devolución de lo prestado y también se desconocen, por el momento, en el caso de abocarse a una controversia judicial, cuál será el montante exacto de las costas irrogadas.

Ciertamente, pretender incluir las costas en la base imponible, introduciría una imprecisión perturbadora en su cuantificación.

Como vemos, la base *totalizadora* sólo es exigible en los préstamos garantizados. En los mutuos simples la base imponible estará determinada exclusivamente por el montante de lo prestado.

EL DERECHO QUE EMPEORA

Ya hemos visto que, acertadamente, lo toma de referencia la ley para cifrar la base imponible en la *posposición y mejora de rango*. La benevolencia recaudadora resalta con este ejemplo: se pospone una hipoteca de

60.000 euros y se antepone otra de 240.000 euros. Hacienda percibirá el impuesto sobre una base de 60.000 (más las prestaciones accesorias) y dejará de cobrar el tributo por esos 240.000, que adquirirán un rango prevalente sin secuelas fiscales, gracias al acierto del legislador.

Y no se nos objete que el trueque de las prioridades podría ser al revés. No es presumible que quien goce de un crédito voluminoso y privilegiado vaya a posponer su mejor garantía, poniendo en peligro sus futuras percepciones. Las entidades financieras, que son las que otorgan préstamos cuantiosos, se aferran a todo tipo de garantías y cautelas que hagan posible la recuperación de lo prestado.

DEFECTUOSA BASE IMPONIBLE

En la igualación a posteriori (única propiamente dicha) es excesivo obligar a tributar por la cuantía de la hipoteca que mejora de rango. Pensemos en una hipoteca cuarta por 4.000 millones de pesetas que se antepone convencionalmente a otra primera, que gravaba la finca por 100 millones de pesetas. Aquella hipoteca cuarta ya contribuyó en su día por su total cuantía, más las prestaciones accesorias. Es desmesurado obligar al acreedor a contribuir sobre esa misma voluminosa base cuando su mejora se restringe a la prioridad de 100 millones que yugulaba su posibilidad de realización total. En una ejecución forzosa de la finca, este acreedor rezagado sólo sufriría la posible incautación de esos 100 millones con que habría que satisfacer al acreedor primero. Esto es lo que gana con la variación del rango y no los 4.000 millones que ya le pertenecían como acreedor.

Ésta era la solución cuasi acertada que propuso el TEAC en su fallo de 10-2-1994. Es una regla casi perfecta si analizamos en qué mejora el crédito del titular antepuesto. El TEAC aplicó este enjuiciamiento a la posposición de hipoteca, pero es válido para la igualación en cuanto presupone, a la vez, una posposición parcial del acreedor de mejor rango. Y éste es también el criterio sustentado en la reforma legal cuando cifra la base imponible en la responsabilidad de la hipoteca que empeora de rango, tratándose de la posposición.

Aunque la fórmula legal es mejorable si, con más precisión, atendemos al exacto montante de lo que ganará el acreedor ascendido cuando se produzca la enajenación forzosa de la finca (como veremos en el epígrafe siguiente «la posposición de hipoteca»).

EL RESPETO A LOS ACREEDORES INTERMEDIOS

Entre la primera hipoteca (que grava la finca en 100 millones) y la cuarta (por una responsabilidad de 4.000 millones) existen las hipotecas segunda (por 200 millones) y tercera (por 300 millones). Si la antepuesta hipoteca cuarta adquiriese una prioridad total por el hecho de pasar a ser primera hipoteca (que es lo que justificaría aceptar una base tan exorbitante como la propuesta por el legislador), evidentemente peligrarían las hipotecas segunda y tercera porque en la ejecución forzosa la hipoteca antepuesta probablemente agotaría la totalidad del valor en cambio del bien hipotecado, con total demérito de los acreedores intermedios.

Por eso (vid. el luminoso anteproyecto de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944) el legislador admite la negociación sobre el rango siempre que no perjudique los derechos de terceros.

La mejora de la hipoteca cuarta que adquiere el rango de primera sólo debería ponderarse fiscalmente en la cuantía de 100 millones de pesetas (que era la responsabilidad de la anterior hipoteca primera, ahora de peor rango) y por eso se postula esa base para las posposiciones. Claro está que esta limitación en cuanto al rango gravable y la bifurcación a que aludimos en el párrafo siguiente, sólo deben operar cuando puedan ser perjudicados los derechos de terceros intermedios. En una posposición en la que sólo estuviesen implicadas dos hipotecas (la que se pospone y la que se antepone) no tienen por qué existir cortapisas.

Así las cosas, la hipoteca cuarta (ahora primera) se bifurcaría en dos valores separados: pasaría a ser primera en cuanto a 100 millones de pesetas, y seguiría siendo cuarta en cuanto a los restantes 3.900 millones. Lo contrario podría constituir un estímulo para propiciar los fraudes y las estafas contra los titulares intermedios, alentando las confabulaciones de los contratantes sobre el rango. Además así lo exigen el respeto a la buena fe y al básico principio de las *res inter alios acta*, las cuales *aliis neque nocet, neque prodest. De lege ferenda*, esta bifurcación de valores parece la solución ideal.

Evidentemente esta base imponible cuasi perfecta (la responsabilidad del gravamen que empeora de rango) es la mejor de todas las que sucesivamente ha ideado el legislador. Mejor, indudablemente, que la base sugerida por el TR de 6 de abril de 1967, en que el impuesto debía gravitar sobre el precio convenido por la operación o, subsidiariamente, sobre el 5 por 100 de la obligación garantizada por la hipoteca que mejora de rango. Este porcentaje reducido era más prudente que el 100 por 100 actual.

El precio es un valor declarado y no resulta tan afinado como la valoración estricta de la ventaja conseguida con la mejora del rango, ya que en el precio pueden influir muchas variables.

Y el 5 por 100 es un baremo caprichoso. Podría escogerse con la misma gratuidad cualquier otro porcentaje (el 2, el 6, el 10 por 100...).

Para un estudio más extenso de la posposición de gravámenes y sobre todo para el análisis de las posposiciones entre hipotecas y condiciones resolutorias explícitas de las compraventas puede consultarse mi libro *El impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales* de Editorial Bosch, año 1996, págs. 117 y sigs.

LA NEGOCIACIÓN SOBRE EL RANGO Y EL IVA

Las operaciones financieras (préstamos, depósitos...) realizadas por empresarios (Bancos, Cajas de Ahorro...) están sujetas al IVA y en este tributo gozan de exención expresa.

Si los negocios sobre el rango (habituales u ocasionales) se concluyesen entre empresarios (todas las hipotecas parangonadas pertenecen a entidades crediticias) evidentemente podría sostenerse que el contrato debería sujetarse al IVA (en el que no hay nada previsto sobre negocios atinentes al rango). Y de ahí que el TEAC, en la Resolución de 10-2-1994, postulase la exigencia del impuesto sobre los AJD.

Si los dos, o al menos uno de los intervinientes, es un contribuyente no empresario, debe tener plena aplicación la dogmática jurídica estrenada por la Ley 53/2002.

LA POSPOSICIÓN DE HIPOTECA

Para dilucidar su adecuada tributación conviene analizar las mutaciones jurídicas que tal negocio genera.

Cuando entre dos acreedores hipotecarios de diferente rango se conviene en que el mejor situado retroceda en su posición jurídica en beneficio del de inferior jerarquía, desde un punto de vista jurídico-económico se producen estas consecuencias:

1. La hipoteca más antigua pierde beligerancia realizadora. Aunque el retroceso del puesto hipotecario se consienta a cambio de una ventaja pecuniaria, el acto resultará no gravable porque gozan de exención expresa las entregas de dinero en pago de créditos, y dinero sería lo que percibiría, por su postergación voluntaria, el titular de la hipoteca replegada en su rango.

2. La hipoteca más moderna mejora de rango y esto significa una evidente ventaja que puede suscitar suspicacias recaudatorias en el Fisco.

La tributación de esa ventaja económica habría que encauzarla por los derroteros del artículo 10 del vigente Reglamento, que considera como transmisiones patrimoniales sujetas a las constituciones de derechos reales, debiendo liquidarse por este concepto «la ampliación posterior del contenido de un derecho (por ejemplo, la hipoteca que progresa de rango) que implique para su titular incremento patrimonial, *el cual servirá de base para la exigencia del tributo*.

El inciso entrecomillado plantea serias dificultades a la posible tributación. Porque la base liquidable, en el supuesto que contemplamos, ha de venir representada por el incremento patrimonial. Si una hipoteca, segunda en rango, por una responsabilidad de tres millones grava una finca valorada en cuatro millones de pesetas sobre la que pesa una primera hipoteca de otros tres millones de pesetas al anteponerse aquélla. ¿Cuál es el incremento patrimonial experimentado? No debe olvidarse el problema que suscita la depreciación valorativa que suele producirse en los casos de ventas forzosas de las fincas en los procedimientos judiciales.

Si en la subasta se hubiera conseguido que se mantuviera, como precio de remate, el valor de los cuatro millones en que está tasada la finca (lo cual es poco probable) pudiera pensarse que el incremento conseguido por la hipoteca progresista era de dos millones de pesetas. En efecto: si en la enajenación se hubieran conseguido cuatro millones de pesetas, la primera hipoteca obtendría tres y la segunda sólo cobraría el millón sobrante, con lo que quedarían sin cobertura los dos millones restantes. Al anteponerse de rango, la segunda hipoteca conseguirá la satisfacción total de su crédito, no quedarán sin saldar los dos millones marginales y será la hipoteca pospuesta la que experimentará esta pérdida.

Para que esta liquidación fuera viable habría que aplazar su práctica hasta que la subasta tuviese lugar, que será el momento en que podrá saberse el precio realmente obtenido por la finca y si el mismo bastó para cubrir las distintas responsabilidades hipotecarias y, en caso contrario, poder cuantificar el alcance económico conseguido con la anteposición hipotecaria.

LA IGUALACIÓN DE RANGO Y LA CONDICIÓN SUSPENSIVA

Las entidades financieras han ideado una fórmula ingeniosa con la que tratan de soslayar los inconvenientes que podría irrogarles la anteposición de una hipoteca subrogada. El supuesto de hecho se produce cuando un banco, acreedor hipotecario, es instado por su deudor para que le conceda un nuevo crédito con garantía hipotecaria de la misma finca ya gravada. Dadas las escaramuzas actuales entre las entidades crediticias para hacerse con la clientela de sus competidores, es lógico que teman la sorpresa que les acarrearía

la futura subrogación de otra entidad rival en la hipoteca más antigua, con el riesgo que la pérdida de rango acarrea, ya que la hipoteca que pretende constituirse para garantizar el nuevo préstamo, lógicamente será posterior a la que pueda ser objeto de subrogación.

Para obviar estos inconvenientes han ideado una fórmula que creo no es inscribible.

Podrían atribuir a la hipoteca que asegura el nuevo préstamo un rango igual al de la preexistente. Pero en ese caso deberían satisfacer el impuesto conforme a la nueva ley, con el dramatismo tributario que tal decisión conlleva.

La solución que proponen es habilidosa:

Supeditar la igualación de rango de la nueva hipoteca a la condición suspensiva de que el deudor subrogue, con otra entidad, el anterior crédito hipotecario. Decimos que la propuesta es hábil porque al interponer la condición suspensiva (auténtica condición, pues el hecho de la posible subrogación es futuro e incierto) se consigue, de momento, obviar el pago impositivo y si la condición no se cumple no habrá que satisfacerlo en ningún momento.

Desde un punto de vista civil, mercantil o fiscal, no hay nada que objetar. La cláusula es correcta, no vulnera los límites del artículo 1255 del Código Civil y no puede considerarse fraudulento el intento de soslayar la Ley Reguladora de las Subrogaciones y Modificaciones de Hipoteca de 1994, sobre cuya juridicidad tanto puede cuestionarse; al fin y al cabo pretender soslayar tan caprichosa ley (es ley porque así lo dispuso el poder legislativo) pertenece a la misma estrategia sorpresiva de quienes sorprenden a sus oponentes con una subrogación financieramente bélica.

Los obstáculos son hipotecarios. Tal negocio conculcaría la legislación básica y por tanto debe rechazarse su inscripción. Para que los negocios sobre el rango sean admisibles es preciso que no perjudiquen a tercero. Y, evidentemente, constatado registralmente el contrato condicional, perjudicaría a la entidad que quiera subrogarse, porque, en el momento del cumplimiento de la condición (al producirse la subrogación) el rango del préstamo posterior se igualaría con el de la hipoteca primera sin la intervención del titular subrogado y con clara vulneración de las exigencias de la *res inter alios acta* y del alcance personal de los contratos preconizado por nuestro Código Civil.

Como hemos dicho antes, el proyecto de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1994 sentó de manera clara los límites de la negociación sobre el rango, dando base para el artículo 241 del RH.

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 241 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

En nuestro Derecho positivo es este el único precepto que regula la negociación sobre el rango y concretamente la posposición de hipoteca. Al ser así, sería forzoso aplicarlo por vía analógica a los supuestos similares, como el de igualación de rango, en obediencia a lo dispuesto en el artículo 4.º del Código Civil.

Pero es más. El artículo 241 del Reglamento Hipotecario ha de regir en el supuesto binómico igualación de rango-condición suspensiva de un modo directo y no sólo como ayuda analógica.

Ya hemos visto como toda igualación de rango entre derechos de diferente prioridad conlleva en su entraña una auténtica posposición latente, ya que el derecho más antiguo que consiente en la igualación de rango, parcialmente está posponiendo su superior jerarquía, con todas las consecuencias económicas que ello entraña, como será, en su caso, llegada la ejecución forzosa de la finca, el tener que compartir con la hipoteca antepuesta en virtud de la igualación de rango el precio de la realización de la finca, con una distribución proporcional y porcentual de las sumas obtenidas si el valor en cambio de la enajenación no cubre totalmente los dos créditos igualados.

Por exigencias de este artículo 241 del RH no resulta viable hipotecariamente el pacto condicional propuesto por la banca.

El artículo 241 exige, para la posposición de rango, un requisito que no se cumple en dicho pacto:

«Que el acreedor que haya de posponer su derecho consienta *expresamente* la posposición». Este requisito no se cumple con el formato ofrecido por la banca. Porque si se estima que el acreedor subrogado al entrar en el círculo crediticio está aceptando la imposición del primitivo prestamista, esta estimación sería algo presuntiva, lo que a lo sumo podría considerarse como una aceptación tácita de la igualdad de rango. Pero el RH exige un consentimiento *expreso* del nuevo acreedor. En virtud de la subrogación, el acreedor titular del rango, el que tiene que otorgar el consentimiento *expreso* es el nuevo prestamista y su voluntad (que será contraria, obviamente, a la igualdad de rango si no recibe nada por esta posposición) no puede ser suplantada por un oponente que quiere perjudicarlo.

También se exige para la válida posposición que se establezca un plazo.

No debe olvidarse que toda posposición (aún la disfrazada bajo la apariencia de igualación de rango) implica una renuncia a la importante prioridad registral, de indudable valor, y toda renuncia, que implica un empobrecimiento, ha de ser consentida.

Además la fórmula amalgamada igualación-condición suspensiva no se concilia bien con las exigencias de la seguridad jurídica inmobiliaria. La solución ofertada por la banca provoca una doble incertidumbre en el «an» y en el «quando», lo que, de ser aceptada, obligaría a mantener indefinidamente un estado de indeterminación en el orden de prelación de los derechos.

IGUALACIÓN Y CONDICIÓN RESOLUTORIA

También se ha sostenido que podría mejorarse la proposición bancaria y que desaparecería toda indeterminación si la pretendida igualación se instrumentase a través de una condición resolutoria.

La igualdad de rango se conseguiría *ab initio* desde el mismo momento de concluirse el segundo préstamo hipotecario y sin objeciones, cara al artículo 241 del RH, porque el acreedor que pospone (el titular actual de la hipoteca más antigua) es el verdadero titular de ambos gravámenes relacionados: es el titular de la hipoteca que se antepone y el de la que se pospone; añadiéndose que fiscalmente también resultaría neutra la operación. De momento el banco tendría que anticipar el tributo. Pero cuando se cumpliera la obligación (*conditio existit*) podría pedir la devolución del impuesto.

El planteamiento sería como el reverso de la fórmula sugerida por la banca: «Esta hipoteca segunda se iguala con la primera y se mantendrá la similitud de rango mientras el titular de ambos gravámenes sea el banco...». Pero si el deudor subroga a otra entidad en cualquiera de las dos hipotecas que han parangonado su rango (las dos se hacen primeras, segundas...) en ese caso se cumpliría la condición resolutoria y la hipoteca subrogada perdería el rango igualitario, deviniendo de peor condición.

Aquí se produce un espejismo enjuiciador, porque es cierto que inicialmente se obvian los obstáculos del artículo 241, ya que el titular único de ambas hipotecas está consintiendo la posposición de la que tiene que degradarse para descender al mismo escalón que otra que era posterior antes de producirse la igualación.

Pero se olvida que con el cumplimiento de la condición resolutoria se aboca a una nueva posposición, ya que si la hipoteca subrogada pierde su rango, se pospone a la que lo conserva. Y estaríamos ante el mismo problema que suscitan las condiciones suspensivas. Faltaría el consentimiento (para la nueva posposición) del acreedor subrogado y de esta forma se estaría conculcando el básico artículo 241. Subsiste el reparo hipotecario y también el civil porque las partes se vinculan entre ellas, pero no pueden establecer estipulaciones que perjudiquen a tercero sin mediar su consentimiento. Esta reforma que sujeta al gravamen a los actos referentes al rango hipotecario destila un fuerte aroma recaudatorio. Y olvida los límites del hecho imponible del ITP

marcados estrictamente en el artículo 7.º de la Ley Reguladora. También olvida el legislador el cambio fundamental en el tributo, que se produjo al promulgarse la Ley de 30 de diciembre de 1980.

Anteriormente (RIDR de 15 de enero de 1959 y TR de 6-4-1967) se sujetaban a imposición los más importantes avatares jurídicos de los distintos conceptos sujetos: por ejemplo, tratándose de derechos reales como el de hipoteca se hacían tributar las más relevantes incidencias: constitución, modificación, transmisión, subrogación... Y el TR de 1967 (art. 56) consideró que la posposición de hipoteca debía tributar como modificación de tal derecho.

Pero desde 1980 sólo se sujeta expresamente la constitución de derechos reales y se hace abstracción de los restantes episodios jurídicos.

Por tanto, para ser consecuente con sus postulados, el legislador sólo debió sujetar la posposición (que es una incidencia necesariamente posterior a la constitución del derecho) cuando implicase y hasta donde lo implique un incremento patrimonial.

Aceptando que la igualación sea un acto ortodoxamente sujeto (porque así lo quiere la ley) su correcta tributación debió discurrir por cauces más congruentes con el total sistema. Tanto por lo que respecta a la perfecta configuración del hecho imponible como a la cuantificación de la base.

También prescinde la nueva regulación (¿por afanes recaudatorios?) de la reforma que se inició con la Ley de 30-6-1980 y que se recogió en el TR de diciembre de aquel mismo año. En efecto, hasta aquella fecha (RIDR y TR de 6-4-1967) un préstamo hipotecario tributaba por el concepto de hipoteca, que era más gravoso que el correspondiente al contrato (venta con precio aplazado, préstamo...).

En 1980 se cambia la orientación hacia una tributación más moderna y benevolente: «Los préstamos hipotecarios tributarán sólo por el concepto de préstamo». Actualmente todos los préstamos están exentos en el ITP y en el IVA.

Si se hubiese seguido este criterio benigno, los cambios en el rango hipotecario no estarían sujetos, porque el puesto registral afecta al gravamen pero no modifica el préstamo. Por eso, en la regulación precedente, la asimilación fiscal tenía cierto sentido (del que ahora adolece) al someter a la posposición de hipoteca por el concepto de modificación de derecho real, pues el gravamen sí se ha alterado, aunque el derecho principal permanezca igual.